

التقليدية والإليكترونية والدولية وحماية المستهلك

تمييز البيع عن غيره من العقود ، التفاوض ، إبرام البيع وصوره ، البيوع الدولية والإليكترونية والمعلوماتية ، حماية المستهلك ، نقل الملكية ، الضمان ، الوفاء الإليكتروني ، فسخ البيع .

دكتور
محمد حسين منصور
أستاذ القانون المدني بجامعة الاسكندرية

2006

دار الفكر الجامعي
٣٠ شارع سوتير – الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ * أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾.

صدق الله العظيم

الآية: (٤٩، ٥٠) من سورة المائدة

مقدمة

يتضمن القانون المدنى – الى جانب القواعد التى تحكم العقد بوجه عام – أحكاماً خاصة ببعض العقود يطلق عليها اصطلاح « العقود المسماة » . فالعقود المسماة هى التى يضع المشرع لها تنظيماً خاصاً لأنها أكبر شيوعاً وأهمية فى العمل وغالبا ما تكون القواعد التى تحكمها قد استقرت وتحددت معالمها .

وقصر التنظيم التشريعى على بعض العقود لا يعنى المساس بمبدأ سلطان الارادة وما يقتضيه من السماح للأفراد بحرية الاتفاق على ما يشاءون من عقود دون الخروج على قواعد النظام العام والآداب (١). ويطلق على ذلك النوع من العقود التى ينشئها الأفراد مصطلح « العقود غير المسماة» تمييزاً لها عن « العقود المسماة » التى يورد الشارع لها أسماءاً معينة وتنظيماً خاصاً .

رتب التقنين المدنى العقود المسماة ترتيباً منطقياً راعى فيه الموضوع الذى يرد عليه العقد . فهناك عقود ترد على الملكية وهى : البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح . وعقود ترد على المنفعة ، وهى : المقاولة والعمل والوكالة والوديعة والحراسة . وعقود احتمالية ترد على موضوع غير محقق ، وهى المقامرة والرهان والايراد المرتب مدى الحياة والتأمين . وقد أفرد لعقد الكفالة الباب الأخير لأن موضوع الكفالة يتميّز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد تأمين شخصى (٢) .

ويرمى المشرع من وراء وضع تنظيم خاص للعقود المسماة الى تحقيق أكثر من هدف منها تسهيل مهمة الأفراد فى التعاقد حيث يكتفون فى الغالب بالاتفاق على المسائل الأساسية تاركين ما عداها من تفصيلات الى التنظيم المكمل الذى أورده المشرع . أضف الى ذلك أن هذا التنظيم يُسّهل مهمة القاضى فى اعمال حكم القواعد العامة على الحالات الخاصة

---

(١) أنظر مؤلفنا فى النظرية العامة للقانون – الاسكندرية ٢٠٠٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ٤ ص ٥.

وذلك من خلال توضيح ما قد يحوط بها من غموض أو يكتنف تطبيقها من خلاف ، وضبط طريقة تطبيقها بنص خاص . وقد يهدف المشرع أخيراً من وراء التنظيم الخاص الخروج فى شأن عقد من العقود على القواعد العامة لحكمة أو غاية معينة تتفق مع مقتضيات السياسة التشريعية التى يبتغيها أو اعتبارات النظام العام الاقتصادى أو الاجتماعى ، كما هو الحال فى التنظيم الآمر الخاص بعقد ايجار الأماكن .

تخضع العقود المسماة للقواعد الخاصة التى أوردها المشرع بصدد كل عقد . هذه القواعد تعتبر فى الجزء الأكبر منها ذات طبيعة مكملة لارادة ذوى الشأن ، وتطبق فى حالة عدم اتفاق الأطراف على ما يخالفها . وإذا لم يوجد حكم فى القواعد المذكورة فيرجع الى القواعد العامة فى نظرية العقد التى تخضع لها جميع العقود .

وتخضع العقود غير المسماة للقواعد العامة فى نظرية العقد ، فإذا لم يوجد فيها حكم تعيّن اعمال القياس على ما أورده المشرع من تنظيم قانونى للعقود المسماة ، وإلا تم الرجوع الى المصادر الأخرى للقانون غير التشريع كالعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ العدالة والقانون الطبيعى (١).

وتتفاوت قائمة العقود المسماة من دولة الى أخرى ومن زمان الى آخر ، فهى تتغيّر بحسب الزمان والمكان طبقاً لاحتياجات العمل (٢) . يضيف المشرع الى تلك القائمة ما يراه من عقود جديرة بالتنظيم لشيوع استخدامها فى المعاملات من جهة واستقرار احكامها من جهة أخرى . مثال ذلك عقد التأمين الذى نظمه التقنين المدنى الجديد .

ومن أمثلة العقود غير المسماة التى شاع استخدامها فى العصر الحديث وأمست فى حاجة الى تنظيم خاص : عقد النشر ، عقد التوريد ، عقد الاعلان ، عقد النزول فى فندق، عقد النقل ، عقد العلاج أو التطبيب .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة ، ص ٤.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aynès, P.Y. Gautier, Les Contrats Spéciaux, Defréncois, 2004, P.7.

والعبرة فى وصف العقد بأنه مسمى أو غير مسمى ، ليس بالتسمية التى أطلقها عليه الأطراف بل بالتكييف الصحيح الذى ينزله عليه القاضى بعد التعرّف على مضمونه والغاية العملية منه أى حقيقة ما يرتبه من آثار (١) . ويتطلب قيام القاضى بهذا الدور العلم بماهية العقود المختلفة وتعريفاتها ثم تفسير ارادة المتعاقدين والتعرّف عليها ثم اجراء المقابلة بين ما اتجهت اليه هذه الارادة والنماذج المختلفة للعقود .

ويستقر قضاء النقض على أنه يدخل فى سلطة محكمة الموضوع إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح ، دون التقيّد بتكييف الخصوم لها ، والعبرة فى ذلك بحقيقة المقصود من الطلبات لا بالألفاظ التى صيغت بها متى أقامت ذلك على أسباب سائغة لها أصلها الثابت فى الأوراق (٢).

ويستقل قاضى الموضوع بتفسير العقد والشروط الواردة به واستخلاص قصد المتعاقدين طالما لا يخرج عن المعنى الظاهر بعبارات العقد ، وهو فى ذلك لا يتقيد بما تفيده عبارة معينة وإنما بما تفيده فى جملتها . فالقاعدة العامة أن تفسير الاتفاقات والمشارطات وسائر المحررات من سلطة قاضى الموضوع حسبما يراه أوفى الى نية عاقديها أو أصحاب الشأن فيها مستهدياً فى ذلك بوقائع الدعوى وظروفها ، ولا رقابة عليه من محكمة النقض متى كان تفسيره لم يخرج عما تحتمله عبارات المحرر وكان استخلاصها سائغاً(٣).

إذا كانت سلطة التفسير من اطلاقات محكمة الموضوع ، إلا أن تكييف العقد واعمال حكم القانون عليه يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض . فالتكييف القانونى لما عناه المتعاقدون يعد من مسائل القانون التى يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض(٤).

---

(١) نقض ١٩٨٦/٦/١٧ طعن ٢٤٦٩ س٥٢ق .
(٢) نقض ١٩٨٧/٣/٢٢ طعن ٢٠١٢ س٥٣ق .
(٣) نقض ١٩٨٦/١٢/٢٥ طعن ٦٣٦ س٥١ق .
(٤) نقض ١٩٨٧/١/٦ طعن ٢٣٤٥ س٥٢ق.
– نقض ١٩٨٦/١١/١٣ طعن ١٨٠ س٥١ق.

خطة البحث :

تنصب دراستنا على أهم عقد من العقود المسماة ألا وهو عقد البيع ، ونستهل تلك الدراسة بفصل تمهيدى نتعرف فيه على ماهية ذلك العقد وتمييزه عما قد يشتبه به من عقود ثم نقسّم منهجنا الى بابين :

الأول : فى انشاء عقد البيع .

والثانى : فى آثاره .

فصل تمهيدى
ماهية عقد البيع

(أ) تعريف البيع وبيان خصائصه :

البيع عقد به يلتزم البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدى [(١)].

يتضح من التعريف أن البيع عقد رضائى يتم بالتراضى بين البائع والمشترى دون توقف ذلك على شرط آخر[(٢)]. وهو عقد معاوضة ملزم للجانبين حيث يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه ، فالبائع يلتزم بنقل ملكية الشئ المبيع مقابل التزام المشترى بدفع الثمن . ويرد البيع على الملكية فهو يؤدى الى نقل الملكية أو يرتب التزامًا بنقلها ، لذا يعتبر من اعمال التصرف التى يلتزم فيها المشترى بأداء ثمن نقدى[(٣)] .

---

(١) طبقًا للمادة ٤١٨ مدنى . البدراوى ، عق البيع ، ص ٢٣ .

(٢) عقد البيع . عقد رضائى . شرطه . مؤدى ذلك . عدم لزوم إفراغه فى محرر مكتوب أو شكل رسمى .

(الطعنان رقما ٥٣٠ ، ٥٤٩ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٤/٩/١٨)

عقد البيع . ماهيته . عقد رضائى يتم وينتج آثاره بمجرد توافق الطرفين. اشتراط قانون المرور التصديق بمعرفة مكاتب التوثيق على توقيع البائع على عقد شراء كضرورة لنقل ترخيص تسييرها باسم المشترى الجديد . لا يغير من طبيعته . علة ذلك . التصديق شرط لقبول المحرر كوسيلة من وسائل اثبات ملكية السيارة الواردة بالمادة ٢٢٧ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور . تشغيل المشترى السيارة بعد انتقال حيازتها إليه بتمام البيع وحصوله على أرباحها . يتوافر به تحقق الواقعة المنشئة للضريبة وهى تحقيق الربح سواء تم التصديق على توقيع البائع أو لم يتم . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٥٩٣ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٧/٧/٢٧)

(٣) J. Ghestin, La vente, 1990, P. 8.

(ب) تمييز البيع عن غيره من العقود :

يبين من التعريف السابق لعقد البيع وما يرتبط به من خصائص أنه يتميز عن غيره من العقود التى قد تشتبه به فى أى من عناصرها ، مثل الهبة والوصية والايجار والمقاولة والوكالة والمقايضة والوفاء بشابل والوديعة والقرض وتقديم حصة فى شركة .

١- البيع والهبة

الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى ماله دون عوض [١] فالهبة تقوم على نية التبرع أما البيع فيلزم فيه وجود مقابل نقدى . تقترب الهبة من البيع من حيث أنهما من العقود الناقلة للملكية ، ولكنها تختلف عنه فى أنها بغير عوض ، أما البيع فهو بمقابل نقدى .

ويقوم التشابه بين البيع والهبة إذا كانت الهبة بعوض خاصة العوض النقدى . ويكمن معيار التفرقة بين العقدين فى وجود نية التبرع من عدمه[٢]. والكشف عن هذه النية يعد من اطلاقات قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض [٣] .

---

(١) م ٤٨٦ .

(٢) نقض ١٩٤٦/٥/٢٢ طعن ٨٨ س١٥ق .

(٣) إن المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله بغيرهم مهما الحت عليهم الحاجة إلى شراء العقار المبيع ومهما زايدوا على ثمنه ويعتبر البيع فى هذه الأحوال متراوحًا بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشترى وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمن . فالقضاء بالشفعة فى مثل هذه الأحوال يتنافى مع طبيعة العقد وفيه تفويت للأغراض المنشودة منه لأن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل حقيقة قيمة العين المبيعة وقت البيع . لما كان ذلك ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه قد أقام قضاءه بعدم جواز الأخذ بالشفعة فى عقد البيع المشفوع فيه على سند من أنه عقد بيع روعيت فيه اعتبارات خاصة بالمشترى من أهمها أن تنازل الزوجة عن حقها فى أرض النزاع مشروطًا بأن يكون التصرف فيها لزوجها المطعون ضده الثانى ويؤكده أن الثمن الوارد به هو بذاته الثمن الثابت بالعقد المؤرخ =

وتظهر هذه النية بوضوح إذا كان العوض مشترطاً لمصلحة شخص آخر غير الواهب . مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن النص فى عقد البيع على أن البائع تبرع لولده المشترى بالثمن وعلى التزام المشترى بتجهيز أختيه وبالانفاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة . وأنها لا تكون قد أخطأت فى تكييفه ، ذلك أن مجرد النص على أن الوالد تبرع بالثمن يكفى لاعتبار العقد هبة مكشوفة أما ما التزم به الموهوب له فى هذا العقد فلا يعدو أن يكون مقابلاً للهبة ولا يخرج عقدها عن طبيعته .

وقد ترد الهبة تحت ستار بيع صورى ، هنا تصح الهبة المستترة وتنفذ بين المتعاقدين دون اشتراط الشكلية لصحة انعقادها ، ولا يهم أن يكون الثمن المذكور فى العقد صورياً (١).

= ١٩٥٣/٣/٢٥ مع أن سعر المتر من أرض النزاع وقت بيع العقد المشفوع فيه يفوق ثمنه وقت تحرير العقد الأول بأكثر من مائة ضعف وما كان البيع ليتم بهذا السعر لولا الاعتبارات سالفة البيان وهى أسباب سائغة تكفى لحمل قضاءه وتتفق مع النظر القانونى الصحيح ويضحى النعى على الحكم المطعون فيه بسبب الطعن على غير أساس . (الطعن رقم ٦١٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٣/١٣) .

(١) نقض ١٩٥٦/١/١٥ س٧ ص ٤٣ ، « ويعتبر التصرف صحيحًا سواء أكان العقد فى حقيقته بيعًا أو هبة مستترة فى عقد بيع استوفى شكله القانونى» ، نقض ١٩٧٩/٣/٢٩ س٣٠ ص٩٨٤.

والبيع الذى يستر تبرعاً صحيح متى كان منجزاً غير مضاف الى ما بعد الموت، استقلال محكمة الموضوع بتقديره متى حكمها أقيم على أسباب تحمله . (نقض ١٩٨٦/٢/١٩ طعن ١٦٨٧ س٥٢ق .

أن التصرف المنجز حال حياة المتصرف ولو كان من غير عوض ومقصوداً به حرمان بعض الورثة ، هو تصرف صحيح متى كان مستوفياً شكله القانونى . فإذا كان من المسلم به أن عقد البيع المتنازع عليه قد صدر منجزاً ممن هو أهل للتصرف ، ومستوفياً لكل الإجراءات التى يقتضيها القانون فى مثله ، وسجل قبل وفاة المتصرف بزمن طويل ، فهو صحيح سواء اعتبر عقد بيع حقيقى أو هبة يسترها عقد بيع . نقض ١٩٣٨/٦/٢٢ طعن ٣٣ س ٨ ق.

٢- البيع والوصية

الوصية ليست عقد بل تصرف بإرادة منفردة مضاف الى ما بعد الموت ، وهى من أعمال التبرع لأنها تتم بدون مقابل [١]. وكثيراً ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية الى ستر الوصية في صورة بيع تهرباً من الحكم القاضى بعدم نفاذ الوصية فيما يجاوز ثلث التركة .

تقوم محكمة الموضوع - تحت رقابة محكمة النقض - بالتعرّف على حقيقة قصد المتعاقدين وتكيّفه بعد ذلك التكييف القانونى الصحيح وتطبق عليه حكم القانون غير مقيدة فى ذلك بتكييف العاقدين [٢] .

واستنتاج ما إذا كان ما عناه العاقدان وصية وليس بيعًا يستمد من عدة قرائن تحصلها المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها مثل بقاء المبيع فى حوزة البائع وانتفاعه به ، بقاء العقد فى حيازة المورث وعدم تسجيله ، حصول التصرّف بغير عوض أو بثمن رمزى ، فقر المتصرف اليه [٣] . وقد أورد المشرع قرينتين قانونيتين بسيطتين على أن التصرف الصادر من المورث يخفى وصية .

القرينة الأولى : إذا تصرّف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرّف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافًا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقم دليل يخالف ذلك [٤] .

---

(١) العمل أو التصرف القانونى التبرعى قد يكون عقداً صادراً من جانبين كالهبة، أو إرادة منفردة صادرة من جانب واحد كالوصية والابراء من الدين ، ويكون العمل تبرعاً إذا كان المتصرف لم يأخذ مقابلاً لما أعطى . نقض ١٩٨١/١٢/٧ س ٣٢ ص ٢٢٢٩ .

(٢) نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ س٢٥ ص٧٦١ .

- نقض ١٩٨٧/٤/٢٦ طعن ١٣٣ س٥٢ق .

(٣) نقض ١٩٨٧/٤/٢٦ س٧ ص٥٥٣ .

- نقض ١٩٦٠/٦/٢٣ س١١ ص٤٣.

(٤) م ٩١٧. انظر مؤلفنا فى الحقوق العينية الأصلية ، الاسكندرية ٢٠٠١ .

يتضمن النص قرينة قانونية بسيطة يجوز اثبات عكسها بكافة طرق الاثبات، ويشترط لقيام القرينة شرطان : **الأول** : أن يكون التصرف الى أحد الورثة ومن مال المورث نفسه ، أما ان قام المورث بالشراء لورثته والتبرع لهم بالثمن فإن القرينة لا تنطبق (١). الثانى : احتفاظ المتصرف بحيازة العين موضوع التصرّف وبحق الانتفاع بها مدى حياته .

وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع سلطة التعرّف على حقيقة العقد والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه فى ضوء ظروف الدعوى مادام قد برر قوله فى ذلك بما يحمله ويؤدى اليه . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه باعتبار أن العقد موضوع النزاع يخفى وصية بعد أن استظهر فى أسباب سائغة قيام الشرطين اللذين تستلزمهما القرينة القانونية المستفادة من نص المادة ٩١٧ وانتهى الى أن التصرف موضوع النزاع ساتر لوصية مرتكناً فى ذلك الى ما اطمأن اليه من أقوال الشهود والى قرائن أخرى باعتبارها أدلة متساندة تؤدى فى مجموعها الى ما انتهى اليه من أن العقد يخفى وصية (٢) .

وقضت كذلك بأنه ولئن كان وضع يد المشترى على العين المبيعة يصح اعتباره قرينة على انجاز التصرف إلا أنه ليس شرطاً لازمًا فيه ، إذ قد يكون التصرف منجزاً مع استمرار حيازة البائع للعين المبيعة بسبب من الأسباب التى لا تنافى انجاز التصرف (٣) .

القرينة الثانية : صدور التصرّف فى مرض الموت يعد قرينة على أنه تبرع

---

(١) « شراء المورث شيئًا لورثته والتبرع لهم بالثمن لا يمنع من تنجيز التصرف . قرينة المادة ٩١٧ . عدم انصراف حكمها إلا الى التصرفات التى يجريها المورث فى ملكه الى أحد ورثته». (نقض ١٩٨٦/٦/١٢ طعن ٩٧ س٥٣ق) .

(٢) نقض ١٩٦٧/١٢/١٩ س١٨ ص ١٨٨٥ .

– نقض ١٩٨٦/٦/١٢ طعن ٩٧ س٥٣ق .

(٣) نقض ١٩٧٣/٢/٦ س٢٤ ص ١٥١.

مضاف الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف . ويستطيع من صدر له التصرف اثبات عكس ذلك لأننا بصدد قرينة بسيطة .

وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق (١) . ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً (٢) .

ومن المقرر أنه : إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته . أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين (٣) .

ومرض الموت – كما يعرّفه فقهاء الشريعة الاسلامية – هو «المرض الذى يعجز صاحبه عن القيام بعمله ويغلب فيه الهلاك عادة ويعقبه الموت فعلاً» . وترى محكمة النقض « ان المرض الذى يطول أمده عن سنة ليس مرض موت ، ويعتبر كذلك إذا اشتدت وطأته بما يقطع عن المريض

---

(١) إن التمسك بأن عقد البيع يعتبر فى حكم الوصية لصدوره من البائعة فى مرض الموت هو طعن يقع على عاتق الطاعنين عبء إثباته فإن عجزوا وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليهم . (طعن رقم ١٩٨٣ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١١/٣٠) .
طعن الوارث فى البيع الصادر من المورث بأنه يخفى وصية إضراراً بحقه فى الميراث أو انه صدر فى مرض الموت . جواز اثباته بكافة طرق الاثبات . الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث ، وإنما من القانون مباشرة . اعتباره من الغير بالنسبة لهذه التصرفات . (الطعن رقم ٩٧٩٦ س ٦٤ق – جلسة ٢٠٠١/٥/٢٢)
(الطعن رقم ٢٧٨٦ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٧/١/١٢)

(٢) م ٩١٦ مدنى . منصور مصطفى منصور ، ص ٢٨ .

(٣) (م ٤٧٧) لا تسرى أحكام تلك المادة اضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة (م ٤٧٨) .

الرجاء ويشعره بدنو أجله . ويعد تقدير ذلك من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع» (١).

٣- البيع والايجار

يرتب البيع نقل ملكية مال من ذمة البائع الى ذمة المشترى ، أما الايجار فيقتصر أثره على تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. فالمشترى يصبح خلفاً للبائع ، أما المستأجر فيظل مجرد دائن للمؤجر . أضف الى ذلك أن البيع عقد فورى بينما الايجار عقد زمنى يلعب الزمن دوراً هاماً فى تحديد كم الأداءات فيه .

يثور التشابه بين العقدين فى حالة ورود العقد على الثمار والمنتجات دون الشئ ذاته . فهل يعتبر العقد بيعاً للثمار والمنتجات أم ايجاراً للشئ الأصلى المنتج لها ؟

العبرة فى هذه الحالة بقصد العاقدين الذى يُستدل عليه من ظروف التعاقد وأحكامه . فمثلاً يعتبر ورود العقد على ثمار الأرض - وهى منفعة دورية متجددة كثمار الفاكهة والمحاصيل - من قبيل الايجار خاصة إذا ما تحمل المستأجر عبء صيانة ورعاية العين مع الانتفاع الكامل بها . وإذا ورد العقد على الثمار أو جزء منها وقدر مقابلها جملة واحدة اعتبر ذلك بيعاً.

أما إذا كان محل العقد منتجات الأرض - وهى ما ينتج بصفة غير دورية وتنتقص من الأصل كالمعادن والأحجار - فإننا نكون بصدد بيع للمنتجات وليس ايجاراً للعين ما لم يثبت بطريق آخر اتجاه نية الأطراف الى الايجار .

مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض بأن تعاقد شخص على استغلال النطرون الجاف مقابل ثمن معيّن مع وزارة المالية ، يعتبر عقد بيع للنطرون لا

---

(١) نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦ طعن ١٣٣١ س٥٢ق .
- نقض ١٩٨٧/١/٢٩ طعن ١٥٧٢ س٥٣ق .

عقد ايجار لمستنقعات المناطق التى خوّل المتعاقد الحق فى استغلالها خاصة أن موضوع هذا العقد محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعًا للمستنقعات المذكورة ، لكونها جزءاً منه لا بد من نفاذها يوماً ما (١).

وقد يختلط البيع بالايجار كذلك فى حالة الايجار السائر للبيع أو البيع الايجارى ، كأن يتفق التاجر مع العميل على تأجيره جهازاً أو آلة معينة لمدة سنة بأجرة شهرية محددة . وفى حالة دفع جميع الأقساط يحتفظ العميل بالشئ على سبيل الملكية . نص المشرع صراحة على اعتبار العقد ، فى هذه الحالة ، بيعاً ولو سمى المتعاقدان البيع ايجاراً (٢).

وقد يختلط البيع بالإيجار فى حالة التأجير الائتمانى أو التمويلى، حيث يعد عقد التأجير الائتمانى Crédit-bail أحد الوسائل الحديثة لمنح الائتمان ، فهو وسيلة مستحدثة احتلت مكانة مرموقة فى الأسواق المالية لامداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة (٣).

ويتمثل فى اتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية بشراء أموال معينة ، عقار أو منقول ، ويغلب أن تكون تجهيزات وأدوات ، ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد نظير أجرة دورية على أن يكون له الخيار عند نهاية مدة الايجار بين تملكها مقابل ثمن معين أو اعادة استئجارها أو ردها إلى المؤسسة الممولة .

ويتم ذلك عملاً فى أن صاحب عمل يكون فى حاجة إلى منقول أو عقار لاستغلاله فى مشروعه لكنه لا يمتلك رأس المال لشرائه أو لا يرغب فى تجميد رأس المال لهذا الغرض ، فيتوجه إلى مؤسسة مالية متخصصة لتمويل العملية . يقوم صاحب العمل بنفسه ، بعد توقيع عقد التأجير الائتمانى ، باختيار الشىء موضوع العقد ، وتقوم المؤسسة المالية بالدفع وتظل

---

(١) نقض ١٩٥١/١٢/٦ طعن ١٧ س١٩ق .

(٢) م ٤٣٠ . انظر مؤلفنا فى أحكام الايجار ، الاسكندرية ٢٠٠٤ .

(٣) نظمه المشرع بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ ، المعدل بالقانون ٢٠٠١/١٦ .

محتفظة بملكية الشيء ويستفيد صاحب العمل منه بوصفه مستأجراً له لفترة طويلة نسبياً مقابل أجرة معينة . ويكون المستأجر ، فى نهاية الفترة بالخيار بين أمور ثلاثة : رد الشيء ، تجديد استئجاره ، شراؤه بثمن محدد يراعى فيه المبالغ التى تم دفعها كأقساط ايجار . يتضح من ذلك أن عملية التأجير التمويلى تنطوى على جوانب ثلاثة : تمويل عملية شراء الشيء ، الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان ، الانتفاع به .

أطراف هذا الاتفاق ، فى الأصل ، ثلاثة ، الشركة المؤجرة أى المالكة التى تقوم بشراء الأشياء، البائع أو المورد أو الصانع لها ، المستأجر الذى يقوم باستغلالها . ويمكن أن تنطوى العملية على أربعة أطراف : مؤسسة مالية تقوم بتمويل شراء الشيء محل العقد لصالح المؤجر الذى يقوم بتأجيره ، أى اننا بصدد ممول ، مالك مؤجر (مشترى) ، بائع ، مستأجر . ويمكن أن تنطوى العملية على طرفين فقط وذلك فى حالة ما إذا كان الشيء محل العقد مملوكًا لنفس المؤجر ، أو فى حالة تخلى المشروع عن جزء من رأسماله العقارى ببيعه لمؤسسة مالية ثم يعود فيستأجره منها مباشرة .

٤- البيع والمقاولة

المقاولة « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو أن يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر»[١] . فموضوع المقاولة عمل أما موضوع البيع فيتمثل فى نقل الملكية .

يتقارب العقدان فى حالة ما إذا تعهد المقاول أو الصانع (الترزى أو النجار مثلاً) بتقديم المواد الى جانب صناعتها . الأصل أن يكون العقد بيعاً ويعتبر مقاولة إذا كانت المادة المقدمة أقل قيمة من العمل ، وعلى ذلك يعتبر العقد بيعاً فى حالة تعهد الترزى بصناعة الثياب بقماش من عنده وتعهد النجار بصناعة الأثاث بخشب من عنده . بينما يعتبر مقاولة العقد الذى يتعهد به

(١) م ٦٤٦ . أنظر مؤلفنا فى قانون العمل ، الاسكندرية ٢٠٠٦.

رسام بعمل صورة ولو قدم المواد من عنده لقلة قيمتها بالنسبة للعمل[1] .
ويعتبر عقد مقاولة تعهد المقاول باقامة بناء بأدوات من عنده على أرض مملوكة لرب العمل ، إما ان كانت الأرض مملوكة للمقاول الذى يقيم البناء عليها وينقل الملكية كاملة بعد ذلك الى الطرف الآخر كان العقد بيعاً .

وتثور الصعوبة بين البيع والمقاولة بصدد العقود التى ترد على تقديم خدمة معينة إلى المتعاقد . ان عقد البيع يرد ، أساساً ، على الشىء ، ويمتد ليشمل براءات الاختراع ، والحق المالى للمؤلف ، وبيع العملاء ، وجوهره نقل ملكية المبيع للمشترى .

أما عقد تقديم الخدمة ، فبالرغم من أنه يتم مقابل ثمن نقدى ، مثل البيع، إلا انه لا ينقل أى ملكية لأن الخدمات تستهلك بمجرد أدائها [2].

ومن العقود الحديثة التى يختلط فيها تقديم الخدمات وبيع الأشياء والمقاولة ما يسمى بعقد الـ « فرانشيز » (Franchise)، الذى انتشر فى غالبية الدول بهدف تقديم طريقة مبتكرة لتوزيع المنتجات وتقديم الخدمات بصفة خاصة فى مجال المطاعم والفنادق . وهو عقد يلتزم فيه مشروع يتمتع بخبرة ضخمة ووسائل فنية ومعارف متطورة حول المنتجات والخدمات التى تخصص فيها ، بتمكين طرف آخر من الاستفادة من تلك الخبرة والسمعة التجارية مقابل عوض مالى معين يتمثل عادة فى مبلغ يدفع عند توقيع العقد مع مقابل نقدى يدفع دورياً على أساس نسبة معينة من رقم أعمال المشروع المستفيد . ويلتزم الطرف الأول بتقديم المشورة والمساعدة للطرف الثانى ويسمح له باستعمال الاسم والعلامة التجارية بشرط المحافظة عليهما وتقديم الخدمات والمنتجات وفقاً للمواصفات المحددة وله حق مراقبة ذلك .

---

(١) F. Labarthe, Du Louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, Mélanges Ghestin, LGDJ, 1001, P. 48.

(٢) سليمان مرقس، البيع ، ص ٣٦.

٥- البيع والوكالة

الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل [١] فموضوع الوكالة هو القيام بعمل قانونى أما البيع فموضوعه نقل الملكية .

تثور الصعوبة فى تكييف عقد بين البيع والوكالة فى حالة ما إذا أعطى شخص لآخر مالاً كى يتصرف فيه ، ولم يكن من الواضح ما إذا كان المال قد سلم للشخص على سبيل الملكية فنكون بصدد بيع أم لكى يتصرف فيه لحساب صاحبه فنكون بصدد وكالة .

المرجع فى هذه الحالة هو شروط الاتفاق والعناصر المرجحة لتكييف عقد على آخر وظروف كل حالة على حدة ، فنكون بصدد وكالة إذا كان التاجر قد تسلم البضاعة لبيعها لحساب المصنع بسعر محدد مقابل عمولة معينة ، أما إذا تعهد التاجر بدفع مبلغ محدد للمصنع بصرف النظر عن الثمن الذى يبيع به كان الاتفاق بيعاً ولا يؤثر فى ذلك اشتراط امكانية رد التاجر البضاعة للمصنع فى حالة عدم بيعها إذا يكون البيع هنا معلقًا على شرط فاسخ هو عدم تمكن التاجر من بيع البضاعة .

وليس ما يمنع فى القانون من أن يكون البائع وكيلاً بالعمولة ولم يحرم القانون اجتماع الصفتين فى شخص واحد حتى مع وحدة البضاعة ووحدة المشترى ولا يغيّر من الأمر شيئًا ألا يكون الوكيل بالعمولة قد قبض أجره لأن انعقاد الوكالة أمر مستقل على قبض أجرها [٢].

---

(١) م ٦٩٩

(٢) نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ س ٣١ ص ١٢٠٩ .

ومن حالات إشتباه البيع بالوكالة حالة المشترى الذى يحتفظ بحق إختيار الغير فقد قضى بأن تكييف العلاقة بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الأثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة الى الغير غير جارٍ على اطلاقه ، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير الآثار التى تترتب عليه تنافراً فاسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه الى المشترى الظاهر قبل البيع ، وبناء العين فى =

وتثور الصعوبة كذلك فـى حالة الاسم المستعار فى التعاقد ، هنا تقرر محكمة النقض بأن من يغيِّر اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة [(1)].

ويلجأ الأطراف ، أحياناً ، إلى إخفاء البيع العقارى أو بيع السيارات فى صورة وكالة ، فبدلاً من أن يبرم البائع عقد بيع مع المشترى يصدر له وكالة غير قابلة للعزل حيث لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة الوكيل. ويجوز للوكيل أن يوكل غيره فيما وكل هو فيه ، ويمكن أن تتوالى التوكيلات بصدد نفس الشىء ، وهى فى حقيقتها بيوع متوالية . ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب بقصد التهرب من رسوم التسجيل واجراءاته ، خاصة فى حالة شراء الشىء بقصد إعادة بيعه . وكذلك الحال إذا كان الشىء المبيع مما لا يجوز التصرف فيه قبل مدة معينة ، كما هو الحال فى المساكن التعاونية .

= ملكية المشترى الظاهر إذ لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا أعمله بعد اليعاد المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، لهى تخالف أحكام الوكالة تمامًا ، ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرى اسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الأول – وهو أهم ما يقصد ن شرط اختيار الغير – الى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير إلا أ ذلك ليس إلا مجازاً مقصوراً على حالة ما إذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع ، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول تزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (جلسة ١٩٥٠/٣/٩ – الطعن ١٠١ لسنة ٤٧ق) .

– البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير – وإن لم يرد فيه ص فى التقنين المدنى إلا أنه من الجائز التعامل به ، ويجب لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير فى العقد بأن يحتفظ المشترى عند ابرام العقد بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشترى خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإذا أفصح المشترى الظاهر عن المشترى المستتر فى الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادراً من البائع الى هذا المشترى المستتر مباشرة وانصرفت اليه آثاره دون حاجة الى بيع جديد له من المشترى الظاهر . (الطعن ١١٠ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٤/١/٥س٣٢ ص١١٣٢) .

(١) نقض ١٩٥٦/٦/٢٨ س٧ ص ٧٦٧ .

٦- البيع والوديعة

الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشئ وعلى أن يرده عيناً (١) .

ويمكن أن تختلط الوديعة بالبيع وبالوكالة فى حالة ما إذا أودع تاجر جملة البضاعة لدى تاجر التجزئة ليبيعها ، فهنا نكون بصدد وديعة مصحوبة بوكالة بالبيع إذا قام الأخير ببيع البضاعة لحساب صاحبها مع خصم عمولته . ونكون بصدد عقد بيع لتاجر التجزئة إذا قام هذا بالبيع لحسابه هو بثمن أكبر ودفع الثمن المتفق عليه لتاجر الجملة . ويتوقف تكييف العقد فى النهاية على ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين ، وتلك مسألة واقع يبحثها قاضى الموضوع من ظروف العقد وملابساته .

٧- البيع والقرض وبيع الوفاء

يدق التمييز بين البيع والقرض إذا أراد الأطراف اخفاء القرض بربا فاحش تحت ستار البيع ، إذ يقوم المقرض ببيع سلعة الى المقترض بثمن مؤجل ، ثم يعود المقترض فيبيع للمقرض نفس الشئ بثمن معجل أقل من الثمن الأول . فالأطراف لم يقصدا نقل الملكية بل ستر الربا الفاحش ويتمثل فى الفارق بين السعرين . فإذا تبين للقاضى حقيقة نية المتعاقدين وجب اعتبار البيعين قرضاً ويتم انقاص الفوائد الى الحد المسموح به قانوناً .

ويقترب من ذلك بيع الوفاء Vente à rémére حيث يتضمن شرطاً يتمكن بمقتضاه البائع من استرداد المبيع مقابل دفع الثمن والمصاريف خلال أجل معيّن (٢) . هذا البيع يعد فى حقيقته وسيلة إلى القرض بربا فاحش ، حيث يتظاهر المقترض بأنه يبيع عيناً للمقرض ، والحقيقة أنه يرهنها عنده ،

---

(١) م ٧١٨ .

(٢) إن النص فى المادة ٤٦٥ من القانون المدنى على أن « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً » يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت ابرام العقد =

فإذا رد الثمن (القرض) للمشترى (المقرض) خلال أجل معيّن استرد العين ويحتفظ المقرض بالريع . أى أن بيع الوفاء يعتبر تأمين عينى للمقرض بربا فاحش ، لهذا أبطل القانون المدنى هذا العقد سواء باعتباره بيعًا أو باعتباره رهنًا .

بيع الوفاء هو بيع معلق على شرط فاسخ لمصلحة البائع حيث يكون له الحق فى أن يسترد المبيع خلال مدة معينة إذا رد للمشترى الثمن والمصروفات المتفق عليها . فإذا تم الرد تحقق الشرط وترتب على ذلك زوال العقد بأثر رجعى وعودة المبيع للبائع .

نص المشرع على بطلان بيع الوفاء صراحة فى التقنين المدنى الحالى حيث قضى بأنه إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً (1).

وتعبر عن ذلك محكمة النقض بقولها : يشترط فى بيع الوفاء اتجاه ارادة

= إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات ورقة البيع بل يجوز إثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع . (طعن رقم ٢٤١٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/١/١٤) .

(1) م ٤٦٥ . انظر مؤلفنا فى النظرية العامة للائتمان ، الاسكندرية ٢٠٠١ .

مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى أن يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع بل يجوز اثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع ، واستظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى الاسترداد يعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض . (نقض ١٩٧٦/٣/١٥ س ٢٧ ص ٦٥٢)

– من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلاً على القانون يترتب عليه بطلان البيع ، إذ عقد البيع الذى يخفى رهناً ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشترى إنما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من القانون المدنى . (نقض ١٩٨١/٥/٦ س٣٢ ص ١٣٨٨).

الطرفين وقت ابرام العقد الى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة . فإذا خلا البيع من هذا الشرط كان العقد صحيحاً . ولا يغيّر من ذلك تعليق العقد على شرط فاسخ غير متعلقة بارادة البائع أو متعلق بها فى حالة اخلال المشترى بالتزامه(١) .

وقضت كذلك بأنه يشترط لبطلان بيع الوفاء احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة . ولا يلزم ادراج هذا الشرط فى ذات عقد البيع . ويجوز اثباته فى ورقة أخرى تؤدى المعاصرة الذهنية الى الارتباط بينهما(٢) .

ويكمن سبب بطلان هذا البيع فى اساءة استخدامه كوسيلة للتحايل على أحكام الرهن والقرض ، إذ يتم ابرامه بين الدائن والمدين حيث يبيع الثانى للأول مالاً ويحصل على مبلغ أقل بكثير من قيمة المبيع ، هذا المبلغ يعتبر فى حقيقته قرض ، ويستطيع البائع المقترض استرداد المبيع إذا رد المبلغ المنصوص عليه فى عقد البيع على أنه ثمن المبيع وهو يزيد بكثير عن المبلغ المقبوض فعلاً لأنه يخفى فوائد ربوية . فبيع الوفاء بالاضافة الى اخفائه القرض بفوائد ربوية يعد تحايلاً على أحكام الرهن حيث يتم تفادى القاعدة الآمرة التى تقضى ببطلان كل اتفاق يجعل للدائن الحق

(١) نقض ١٩٨٦/٢/١٧ طعن ١٧٩٧ س٥٠ق .

بيع الوفاء . شرطه . احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة . عدم لزوم إدراج هذا الشرط فى عقد البيع ذاته . مناطه . ثبوت الاتفاق على الأمرين معاً فى وقت واحد . المعاصرة الذهنية بينهما . تحققها سواء كانت الورقة سابقة أو لاحقة على البيع . م ٤٦٥ مدنى . أثره. بطلانه . تعلقه بالنظام العام .

(الطعنان رقما ٤٢٣٣ ، ٥٨٧٤ لسنة ٦٥ق – جلسة ١٩٩٧/١٢/١٣)

بطلان العقد لانطوائه على بيع وفاء قصد به اخفاء رهن . مؤداه . وضع يد المشترى يكون وفاء بسبب الرهن . أثره . انتفاء نية التملك وصيرورة وضع يده وقتياً .

(الطعنان رقما ٤٢٣٣ ، ٥٨٧٤ لسنة ٦٥ق – جلسة ١٩٩٧/١٢/١٣)

(٢) نقض ١٩٨٦/٦/١٥ طعن ٦٢٣ س٥٣ق .

عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يمتلك العقار المرهون نظير ثمن معلوم [1] .

---

(١) المادة ١٠٥٢ ، ١١٠٨ مدنى .

عقد البيع الذى يخفى رهناً يستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشترى – صورة من بيع الوفاء – بطلانه .

شرط احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة – لا تلزم ادراجه بذات العقد فإن الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على اخفاء رهن وراء البيع تعد تحايلاً على القانون يترتب عليه بطلان البيع بطلاناً لا تلحقه الاجازة .

إن عقد البيع الذى يخفى رهناً ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشترى إنما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأن العقد الصادر منه إلى المطعون ضدها الأولى هو بيع يخفى رهناً يجوز إثباته بكافة الطرق وطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات حقيقته وكان الحكم المطعون فيه قد رد على ذلك وبما قرره من أنه «متى ثبت صدور الورقة العرفية ممن نسب إليه التوقيع عليها فإنها تكون حجة على طرفيها إلى أن يثبت العكس وفقاً للقواعد العامة فى إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى فإن ادعى أحد طرفى المحرر صورية ما أثبت بهذا المحرر كان عليه بحكم الأصل أن يثبت هذه الصورية بطريق الكتابة ، إذ كان ذلك وكان الثابت أن ورقة العقد المؤرخة ١٩٦٨/١٢/١٦ لم يثبت صدورها من المستأنف عليها الأولى ولم يثبت المستأنف أن الصلح المقدم منه فى الدعوى رقم ١٠٤ سنة ١٩٦٩ مدنى كلى سوهاج قد شابه عيب من عيوب الارادة فإن المحكمة لا تجيب المستأنف إلى طلبه احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية العقد الصادر منه إلى المستأنف عليه الأول » وكان هذا الذى أورده الحكم لا يصلح رداً على دفاع الطاعن بأن عقد البيع موضوع الدعوى يخفى رهناً لأنه فوق أن شرط احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة لا يلزم ادراجه بذات العقد ، فإن الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على اخفاء رهن وراء البيع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تعد تحايلاً على القانون يترتب عليه بطلان البيع بطلاناً لا تلحقه الاجازة وللمتعاقد وللخلف العام من بعده أن يثبت بكافة الطرق أن العقد لم يكن بيعاً باتاً وإنما هو وعلى خلاف نصوصه يخفى رهناً ، كما أن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل فى خصومه لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليس له حجية الشئ المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته ، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون =

ويبطل بيع الوفاء بطلاناً مطلقاً لتعلق الأمر بالنظام العام ، ولا تلحقه الاجازة . وتقرر محكمة النقض بأن التنازل عن الطعن فى ماهية عقد البيع الوفائى لا يقبل بعد صدور حكم نهائى ببطلانه لاخفائه رهناً ، كما أن هذا التنازل يتضمن اجازة لعقد باطل بطلاناً مطلقاً ولا يعتد به لأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الاجازة لأنه معدوم [1] .

وللمتعاقد أن يثبت بكافة طرق الاثبات بأن العقد لم يكن بيعاً وإنما قصد به اخفاء رهن مقترن بفوائد ربوية [2]، سواء صور

= فيه قد استلزم إثبات الصورية آنفة الذكر بالكتابة واعتبر أن عقد الصلح الصادر من الطاعن فى الدعوى رقم ١٠٤ سنة ٦٩ مدنى سوهاج الابتدائية مانع من التمسك ببطلان العقد محل النزاع وانتهى إلى رفض طلب الطاعن احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات مدعاة فإنه فضلاً عن خطئه فى تطبيق القانون يكون قد أخل بحق الدفاع بما يوجب نقضه لهذا السبب. (طعن رقم ٢١٩٥ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١١/٨) .

(١) نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ س١٨ ص ٩١٨ ، نقض ١٩٦٩/١/٢٣ س٢٠ ص١٤٤.

بيع الوفاء يقع باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام فلا تلحقه الاجازة ويستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وتعمله المحكمة من تلقاء نفسها كما يجوز للخصم إثبات ذلك بالبينة وسائر طرق الإثبات . نقض ١٩٩٠/١/١٤ طعن ٢٤١٢ س٥٤ق .

(٢) مفاد المادة ١٠٥٢ من القانون المدنى أن أتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير العقار المرهون إذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلاً متى أبرم هذا الاتفاق وقت انشاء الرهن أو قبل حلول أجل الدين ، أما بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يجوز للراهن أن ينزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا التصرف بيعاً صحيحاً سواء كان الثمن هو ذات الدين أو ما يزيد أو يقل عنه . (نقض ١٩٨٢/٤/١٥ س ٣٣ ص ٣١٤)

– يدل نص المادة ٣٣٩ من القانون المدنى الملغى بعد تعديلها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن للبائع أو ورثته أن يثبت بالبينة والقرائن وغيرها من طرق الاثبات ، أن عقد البيع وإن كان بحسب نصوصه الظاهرة يعتبر بيعاً باتاً ، إلا أنه فى حقيقته يخفى رهناً وأن المشرع اعتبر أن العقد مقصوداً به اخفاء رهن إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات ، وإذا توافرت هذه القرينة كان ذلك قاطعاً فى الدلالة على أن القصد من العقد هو إخفاء رهن ومانعاً من اثبات العكس ومؤدى ذلك أن العقد يعتبر باطلاً ولا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً . (الطعن ١١٩لسنة ٥١ ق – جلسة ١٩٨٧/٢/١١) .

عقد البيع الظاهر بأنه بات أم وفائي [١]. وتسقط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد احتراماً للأوضاع التى استقرت[٢].

٨- البيع والوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل هو اتفاق يقبل فيه الدائن من المدين نقل ملكية شئ اليه بدلاً من الوفاء بمحل الدين الأصلى ، كأن يقبل الدائن سيارة المدين بدلاً من مبلغ الدين الأصلى [٣].

يشترك الوفاء بمقابل مع البيع فى أنه ينقل الملكية بمقابل ، إلا أن هذا المقابل ليس نقداً ، وهذا هو وجه الاختلاف بينهما . والواقع أن الوفاء بمقابل تصرف قانونى يجمع بين البيع والوفاء فى آن واحد ، فهو من طرق إنقضاء الالتزام .

لهذا « يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى في مقابله الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ماتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » [٤].

وهذا ما عبّرت عنه محكمة النقض بقولها « الوفاء بالدين بغير النقد قد اختلف في تكييفه . ففى رأى اعتبر استبدالاً (تجديداً) للدين باعطاء شئ فى مقابله ، وفى رأى آخر اعتبر كالبيع تسرى عليه أحكامه . ومحكمة النقض ترى انه فى حقيقته كالبيع إذ تتوافر فيه جميع أركانه ، وهى

---

(١) نقض ١٩٥٥/١٢/٢٢ س٦ ص ١٦٠٢ ، نقض ١٩٦٦/١٢/٦ س١٧ ص١٧٧٠ .
(٢) نقض ١٩٧٥/٢/٢٥ س٢٦ ص١٤٧٧.
(٣) وتعرّفه المادة ٣٥٠ بقولها : « إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشئ المستحق قام هذا مقام الوفاء » . انظر مؤلفنا فى أحكام الالتزام ، بيروت ٢٠٠٠ .
(٤) م ٣٥١ .
F. Steinmetz, note, J.C.P. 1992. 11.21846.

الرضاء والشئ المبيع والثمن ، فالشئ الذى أعطى للوفاء يقوم مقام المبيع ، والمبلغ الذى أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذى يتم دفعه فى هذه الحالة بطريق المقاصة ، ومن ثم يجب أن يسرى على هذا النوع من الـوفاء جميع أحكام القانون المقـررة للبيع » [1].

مثال ذلك استبدال سيارة قديمة بأخرى جديدة مع دفع الفارق نقداً ، حيث نكون بصدد عقد بيع سيارة جديدة يتم الوفاء جزئياً بالثمن عن طريق السيارة القديمة ويتم دفع الباقى نقداً .

وكذلك الحال عند التنازل عن قطعة من الأرض لمقاول يقوم بالبناء عليها على أن يعطى المتنازل عدداً من الوحدات التى يتم تشييدها . هنا نوجد بصدد عقد غير مسمى ، فهو ليس بيعاً لعدم وجود ثمن نقدى ، ولا يعد وفاءً بمقابل لأن موضوع الالتزام المتفق عليه ، منذ البداية ، هو تسليم صاحب الأرض عدداً من الوحدات .

٩- البيع وتقديم حصة فى شركة

يشترك البيع مع تقديم حصة فى شركة فى أن كلاهما تصرف قانونى يرتب نقل الملكية بمقابل الى المشترى أو الى الشركة ، إلا أنه بينما يكون المقابل نقداً فى البيع فإن المقابل فى الشركة يتمثل فى المشاركة فى الربح والخسارة .

لذلك فإنه « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص » [2].

تنظم المادة كيفية دخول الحصة العينية فى رأس مال الشركة ، فإذا كانت الحصة ملكية مال أو حق عينى آخر عليه ، فإن الشريك يتخلى

---

(١) نقض ١٩٤٤/٥/١٨ مجموع عمر جـ ٤ ص ٣٨٥.

(٢) م ٥١١ .

نهائياً عـن حقـوقه على الشئ الذى يصبح ملكاً للشركة ، كما لو كان الأمر يتعلق ببيع من الشريك الى الشركة . على أن تنازل الشريك فى هذه الحالة ليس بمثابة بيع تماماً ، وإنما هو يشبه البيع من حيث كيفية انتقال الملكية ، ووسائل العلانية ، فتنطبق أحكام انتقال الملكية فى البيع منقولاً أو عقاراً ، ويلزم استيفاء اجراءات الشهر المقررة للحقوق العينية العقارية ، وبعض الحقوق المنقولة كإعلان المدين المحال عليه فى حوالة الحقوق الشخصية ، وكذلك اتباع الاجراءات المقررة فى التنازل عن شهادة الاختراع والمحل التجارى ، كما تنطبق أيضاً فيما يتعلق بتبعة الهلاك الأحكام الخاصة بالبيع ، وأخيراً يضمن الشريك حصته فى رأس المال كضمان البائع للمبيع ، فتطبق أحكام ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والعجز فى المقدار[1] .

١٠- البيع والمقايضة

المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل الى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود [2].

تشترك المقايضة مع البيع فى أن كل منهما يرتب نقل الملكية بمقابل ، إلا أن المقابل فى المقايضة ليس من النقود كما هو الحال فى البيع . وتنطبق قواعد البيع فى جملتها على المقايضة ، حيث تسرى على المقايضة أحكام البيع ، بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشئ الذى قايض بـه ومشترياً للشئ الذى قايـض عليه .

إذا كـان للأشـياء المتقايض فيهـا قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين ، جـاز تعويض الفرق بمبلغ مـن النقود يكون معدلاً . أى أن جوهر التفرقة بين البيع والمقايضة يكمن فى أن المقابل الذى يقدمه كال من المتعاقدين فى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢٠ .
- نقض ١٩٦٩/٦/١٩ س٢٠ ص١٥٨.
(٢) السنهورى جـ ٤ ، ص ٢٣ .

المقايضة مال ليس من النقود . ويمكن أن تدخل النقود لتعويض الفرق بين قيم الأشياء المتقايضة وتسمى معدلاً . لا يؤثر وجود المعدل على طبيعة العقد كمقايضة إلا إذا كان هذا المعدل هو العنصر الغالب أى يزيد عن قيمة الشئ الذى اقترن به لتكميل قيمته ، هنا ينقلب العقد بيعاً .

وكقاعدة عامة تخضع المقايضة لنفس أحكام عقد البيع سواء تعلق الأمر بأركان العقد أو بآثاره ، وذلك فيما عدا الأحكام الخاصة بالثمن ، حيث لا يوجد ثمن فى عقد المقايضة. لذلك لا يوجد حق امتياز للمتقايض على الشئ الذى قايض به لأن هذا الحق مقرر لضمان الثمن .

ومن المقرر أن مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، وذلك خلافاً لعقد البيع حيث يلتزم المشترى يتحمل المصروفات والنفقات [1] .

---

(١) م ٤٨٢ : ٤٨٤ .

المقايضة هى حسب ما عرفها القانون فى المادة ٣٥٦ مدنى - عقد يلتزم به كل من المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئاً مقابل ما أخذه منه . وينبنى على ذلك أن كل متقايض يعتبر بائعاً ومشترياً فى وقت واحد . ولهذا نصت المادة ٣٦٠ من القانون المدنى على أن القواعد المختصة بعقد البيع تجرى كذلك فى المقايضة إلا ما استثنى بنص صريح فى القانون . فإذا ما استحق أحد البدلين فى عقد المقايضة فإنه يجب الرجوع فى ذلك الى أحكام ضمان الاستحقاق المقررة فى موضوع البيع . وقد نص القانون فى المادة ٣٥٩ مدنى على أن المقايض الذى استحق عنده البدل يكون مخيراً بين أن يرفع على من تعاقد معه دعوى بالتضمينات أو دعوى الفسخ مع استرداد القيض الذى أعطاه . ولم يخالف الشارع فى هذا الصدد أحكام الضمان التى سنها فى البيع إلا بما أورده فى الشق الأخير من المادة ٣٥٩ المذكورة متعلقاً بغير المتعاقدين فقط وذلك بنصه على جواز المطالبة برد ذات العين المسلمة من المقايض ولو كانت تحت يد الغير إذا كانت عقاراً ولم يكن قد مضى خمس سنوات من تاريخ المقايضة أما فيما بين المتعاقدين فإن حق الفسخ واسترداد القيض ، كما هو فى البيع ، لا يسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق. (نقض ١٩٣٧/١/٧ - طعن ٣٩ لسنة ٦ق) .

- إذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكييفه (وهو عقد فى اعطاء منزل من طرف واعطاء أطيان طرف آخر) ، أنه عقد بيع للمنزل لا عقد بدل لما رأته من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للأطيان فإن الثمن المقدّر فيه للأطيان =

= مع استنزاله من الثمن المقدّر للمنزل يكون الباقى الواجب دفعه نقداً من ثمن المنزل مبلغاً كبيراً يزيد على ثمن الأطيان ، وإن العقد الذى يكون بهذه الكيفية التى يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقداً عما يدفع منه عيناً هو عقد أقرب الى البيع منه الى البدل ، فتفسير المحكمة هذا المنتزع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا الواقع بأنه عقد بيع لا بدل هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه . (نقض ١٩٣٥/٥/٣٠ - الطعن ٩٧ لسنة ٤ق) .

- المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر بل هى قد تكون مبادلة حق انتفاع بحق انتفاع ويسرى عليها فى الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعاً للشىء الذى كان مملوكاً له وقابض به ، ومشترياً للشىء الذى كان مملوكاً للطرف الآخر وقابض هو عليه ، والآثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ، فيلزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشىء الذى قايض بـه الى الطرف الآخر كما يلتزم بتسليمه إياه وضمان التعرض والاستحقاق . (نقض ١٩٨٤/١/١ س٣٥ ص١١١) .

مؤدى نص المادة ٤٨٥ من القانون المدنى أن المقايضة تسرى عليها فى الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعاً للشىء الذى كان مملوكاً له وقايض به ومشترياً للشىء الذى كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه - غير أن طبيعة المقايضة - التى ترجع الى عدم وجود بيع وثمن بل مبيع ومبيع - قد تقضى ببعض مفارقات عن أحكام البيع وهى المتعلقة بالثمن وبالتزامات المشترى الراجعة الى الثمن لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة وكذلك ما ورد فى حكم المادة ٤٨٤ من القانون المدنى بشأن مصروفات عقد المقايضة وفيما عدا ذلك فإن الآثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ومنها التزامات كل متقايض بضمان التعرض والاستحقاق . (الطعن ٤٢ لسنة ٥١ق - جلسة ١٩٨٤/٦/١٤ ، الطعن ١٦٧٨ لسنة ٥٦ق - جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢) .

الباب الأول
إنشاء عقد البيع

يخضع عقد البيع للقواعد العامة فى ابرام العقود ، وأفرد المشرع بعض القواعد الخاصة المرتبطة بالتراضى والمحل وأهلية أو صلاحية التعاقد على الشئ المبيع . ونعرض لذلك فى الفصول الآتية :

الفصل الأول : التراضى على البيع .

الفصل الثانى : الشئ المبيع .

الفصل الثالث : الأهلية والمنع من الشراء .

الفصل الأول
التراضي على البيع

نعرض فى هذا الفصل للتفاوض على البيع، ثم لوجود التراضى وصحته ثم نبين صور التراضى ، وإبراز مدى أهمية صياغة وتكييف المعاملات .

المبحث الأول
التفاوض على البيع

نعرض لمفهوم وأهمية وعناصر التفاوض ، ثم نتناول على التوالى : مبدأ حسن النية فى التفاوض ، صور الخطأ فى التفاوض وإثباته ، طبيعة المسئولية عن التفاوض ، التعويض عن الضرر فى التفاوض .

المطلب الأول
مفهوم وأهمية وعناصر التفاوض

(أ) أهمية التفاوض :

احتل التفاوض **négociation** أهمية بالغة فى عصرنا الراهن أمام ظهور العقود المركبة والمعقدة التى أسفرت عنها الأساليب الحديثة فى التعامل ، فقد أصبحت أعداد كبيرة من العقود تنصب على عمليات تتسم بالتركيب والتعقيدات الفنية والقانونية ، وتنطوى على قيمة إقتصادية ومخاطر جسيمة بالنسبة لأطرافها، لذا بات من الضرورى أن تسبق إبرام هذه العقود مرحلة من المفاوضات الشاقة التى تستغرق الكثير من الوقت والجهد والتخصص والدراسات .

ولا شك فى حيوية مرحلة التفاوض حيث يتم فيها الإعداد والتحضير للعقد وبحث كافة جوانبه الفنية والمالية والقانونية ، والتعرف على المتعاقد الآخر وتقدير إمكانياته ، وتحديد مضمون العقد والإعداد الجيد له على ضوء مصالح ومقاصد الأطراف حتى يكتب له النجاح ، وتوقى المنازعات التى قد تنشأ عنه وبيان سبل تسويتها والقانون الواجب التطبيق .

وتبرز أهمية التفاوض فى العقود الحديثة التى تتسم بالطابع التقنى أو الدولى وفى المجال الإليكترونى من عدة وجوه:

أولاً : إن جانب كبير من هذه العقود يسرم عن بعد مما يثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة لجوانب العملية التعاقدية فيما يتعلق بالتأكد من شخصية المتعاقد ، ومن طبيعة المحل والضمانات وسبل التنفيذ إلى غير ذلك، بما يدفع كل طرف إلى الكثير من التساؤلات والتحفظات والمفاوضات قبل الدخول فى العقد النهائى .

ثانيًا : تتضمن تلك العقود الكثير من الجوانب الفنية الدقيقة التى تستدعى الدقة والتحرى ، بل والتجربة والاستعانة بالخبرة أحياناً ، على نحو يكسب التفاوض مكانة وحيوية .

ثالثًا : تقل أهمية التفاوض بالنسبة لأنواع معينة من هذه العقود حيث تتم من خلال نماذج Contrats types تتضمن شروطاً عامة لا تقبل المناقشة من قبل المتعامل . ويحدث ذلك فى أغلب عقود الخدمات الإليكترونية والمعلوماتية والاشتراك فى الفضائيات .

(ب) التفاوض الإليكترونى :

ينصرف ذلك الوصف على التفاوض بصدد العقود التى ترد على محل إليكترونى مثل عقود الخدمات والمعلومات الإليكترونية . وينصرف الوصف كذلك إلى أداة التفاوض الإليكترونية ، حيث وفرت التكنولوچيا الحديثة وسائل إتصال مباشرة بالغة التقدم ، وذلك بفضل الأقمار الصناعية والألياف البصرية . ويجرى التفاوض عبر التليفون الدولى المباشر ، والتليفون المرئى ومؤتمرات الڤيديو وشبكات الإنترنت .

ولا شك أن هذا النوع من التفاوض يتسم بالسرعة ويوفر مشقات الانتقال ونفقات السفر ، إلا انه لا يسمح بالتعرف على الطرف الآخر بشكل كامل ، ولا يوفر نفس الثقة فى التفاوض وجهاً لوجه ، لهذا يغلب أن يقتصر التفاوض الإليكترونى على الصفقات البسيطة وتلك التى يوجد تعارف سابق بين أطرافها أو تعاملات جارية فيما بينهم .

وتبدو الدقة فى التفاوض الإليكترونى فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان

إتمامه وتحديد المسئولية بالنسبة لما قد يرتبط به من أضرار والفصل بينه وبين مرحلة إبرام العقد ، هذا بالإضافة إلى مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق .

(ج) عناصر التفاوض :

يمكن أن يتم التفاوض من خلال عناصر أو إجراءات معينة تبدأ بتحديد الاحتياجات والمطالب ، ثم وضع كراسة الشروط ، وتلقى العروض ومناقشتها.

١- تحديد الاحتياجات : يجب على العميل أن يبين احتياجاته بوضوح ، ولو اقتضى الأمر الاستعانة بخبير . ولا يلتزم المورد ، بحكم احترافه، بأن يحيط بذلك من تلقاء نفسه ، إلا إذا كانت مطالب العميل تدخل ضمن العادى والمألوف ، أما إن خرجت تلك المطالب عن القواعد العامة فيتعين على العميل إبرازها كي يتم التفاوض على أساسها . ويبدو ذلك بوضوح فى عقود المعلوماتية [١] ، حيث يلتزم المورد على ضوء ذلك باختيار المعدات والبرامج المناسبة لظروف ورغبات العميل .

٢- وضع كراسة الشروط cahier des charges : يقوم العميل بوضع كراسة يطرح فيها شروط التعاقد ، ويبرز من خلالها كافة مطالبه ، وهى دليل على جدية الرغبة فى إبرام العقد[٢] ، وتشكل الأساس الذى يتم عليه التفاوض .

ويجب على المورد أن يشترط تقديم تلك الكراسة ، ويطلب من العميل أن يحدد فيها بدقة رغباته وأهدافه والسبل المقترحة لإشباع ذلك ، وإلا تحمل المورد مسئولية التعامل دون وضوح الأهداف والشروط ، بالاشتراك مع العميل[٣] . حيث يتعين على الطرفين التعاون وبذل الجهد فى هذا المضمار لتفادى كل أسباب الشقاق من خلال إعداد الوثائق التفاوضية المتكاملة التى

---

(١) cass. com. 11 Jan. 1994, R.J.D. d. 6. 94 n. 637.

(٢) C.A. Paris 8 Juill. 1981, Expertises 1981. n.32. P. 16.

(٣) Fages note sous T.G.I. Paris, 19 jan. 2001, R.D.C. 2001, P. 350.

تساعد على الوصول إلى عقد ناجح من جهة وتحديد المسئولية عن أى أضرار محتملة من جهة أخرى .

٣- تلقى العروض : تبرز أهمية ذلك العنصر بمناسبة الصفقات الكبيرة ، التى تقترن بتقديم تسهيلات فى عمليات التوريد وإقامة المنشآت ، حيث يكون من الأفضل اللجوء إلى أسلوب طرح الأمر للجمهور وتلقى العروض المختلفة بشأنه .

وينبغى بالنسبة للدعوى الخاصة بتلقى العروض أن تتضمن البيانات الواضحة فيما يتعلق بمواعيد التقدم بالعرض ، وعناصره ومواصفاته وشروطه ، حتى يتم التفاوض والمفاضلة على أسس واضحة .

المطلب الثانى

حسن النية في التفاوض

(أ) مفهوم :

أمام خلو التقنينات المدنية الحديثة من نصوص لتنظيم مرحلة التفاوض ، ترك الأمر لإجتهاد الفقه والقضاء . واستقر الجميع على وجوب الالتزام بالتفاوض بحسن نية ، أى أن يتسم سلوك المتفاوض بالنزاهة والشرف والأمانة والثقة ، وأن يمتنع عن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها أو إتباع أسلوب الحيلة والمراوغة بغية الإضرار بالطرف الآخر .

ويقتضى تنفيذ هذا الالتزام الأساسى وجوب احترام الطرفين التزامات أخرى ثانوية تتفرع عنه وتقوم بجواره ، حتى يتم التفاوض على أكمل وجه ، وتتمثل تلك الالتزامات فى التعاون والنصح والإعلام والمحافظة على الأسرار .

(ب) الالتزام بالتعاون l'Obligation de coopération :

إن التزام المتفاوض بالتعاون يعتبر التزامًا أساسيًا ، حيث ينبغى أن يحدد أغراضه وأهدافه من العقد الساعى إليه والاحتياجات الفعلية لديه ، ويبدو ذلك

بوضوح فى كافة العقود الفنية مثل برامج الحاسب الآلى ، ولو احتاج الأمر الاستعانة بخبير أو الاستعلام لدى الشركات المتخصصة . ويمكن للعميل أن يطلب من المورد الايضاحات الكافية فى هذا الشأن . وقضى بأن تقصير العميل فى التحرى والاستعلام الذى يؤثر على اختياراته ويؤدى إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية يؤدى إلى انعقاد مسئوليته عن الإخلال بالتزامه [١] . ويتحمل العميل مسئولية تقصير المقاول فى إنجاز مهمته متى ثبت أن هذا التقصير راجع لإخلال العميل بالتزامه بالتعاون .

ويظل الالتزام بالتعاون قائمًا طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة ، ولا تندرج صور التعاون تحت حصر ، فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم ، مثل المواظبة على مواعيد التفاوض والجدية فى مناقشة العروض المقدمة .

(ج) الالتزام بالإعلام l'Obligation de reseignements :

يتعين على المتفاوض الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض ، حتى تستنير إرادة المتعاقدين . ويجب الإدلاء بكافة المعلومات طالما لها أهميتها فى التعاقد ، ولكن دون تورية أو كتمان ، حتى يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة[٢]. ويزداد حجم هذا الالتزام بالنسبة للطرف المحترف .

فإذا تعلق الأمر بمنتجات صناعية وجب تقديم وصف كامل عن مكوناتهاوأوصافها وملحقاتها وبياناتها المتعلقة بالوزن والمقاس وبلد وسنة الصنع وطريقة الاستعمال وأساليب الحفظ والصيانة . وتقديم بيانات كافية وموضوعية وصحيحة للمتفاوض ولفت نظره إلى خصائص الشىء محل التعاقد .

---

(١) Com. 7 Jan. 1997 G.P. 1998 1.54 note Godet.

(٢) Civ. 20 déc. 1995, D. 1996, P. 32.

(د) الالتزام بالنصح Conseil والتحذير mise en garde :

تبدو أهمية هذا الالتزام بصدد العقود التى يحتاج فيها أحد الطرفين لمعاونة الآخر بسبب تفارت الخبرة ، ولا شك أن ذلك ينطبق على كافة العقود محل الدراسة ، نظراً لسرعة التطور والتعقيدات الفنية المتلاحقة . ولا شك فى قيام هذا الالتزام على عاتق المتفاوض المحترف بالنسبة للطرف الآخر ، حتى يبين له مدى ملاءمة العقد من الناحية الفنية والمالية (١).

والواقع أن هذا الالتزام يتوقف على ضوء الأوضاع الخاصة بقدرات أطراف التفاوض والنظر إلى خبرتهم وإمكانياتهم ، فالقضاء يتشدد فى هذا الالتزام بالنسبة للمحترف فى مواجهة عدم خبرة الطرف الآخر وعدم علمه بالتفاصيل الفنية ، وكذلك الحالات التى يثبت فيها علم الشخص باحتياجات الطرف الآخر ، ويضيق الالتزام بالنصيحة عند إجراء الصفقة مع طرف آخر أكثر خبرة من الشخص العادى (٢) .

والالتزام بالتحذير أو لفت الإنتباه لكل ما يستدعى ذلك فى محل العقد ، هو التزام مكمل للالتزام بالتبصير أو الإعلام ، ينطبق بالدرجة الأولى على التعامل فى الأشياء التى تنطوى على مخاطر تهدد أمن وسلامة الشخص ، سواء بطبيعتها (مواد متفجرة مثلاً) أو بسبب دقة تشغيلها مثل الآلات الميكانيكية و ونفس الشيء بالنسبة للمعدات التى يحتاج تشغيلها لخبرة خاصة وإلا تعرضت للتلف وأدت نتائج معاكسة ، كأجهزة الحاسب الآلى (٣).

(هـ) الالتزام بالمحافظة على الأسرار

Obligation de confidentialité

يلتزم المتفاوض بالمحافظة على الأسرار التى يطلع عليها أثناء التفاوض ،

---

(١) Le Tourneau, L'obligation de reseignement ou de conseil, D. 1987, P. 101.

(٢) Paris 27 Mars 1984 D. 1985.1.42 abs. Huet.

(٣) Com. 3 déc. 1985. B.C.IV. 284.

حيث قد تقضى المفاوضات إفضاء أحد الطرفين للآخر ببعض أسراره الهامة الفنية أو المهنية ، حتى ولو لم تكن هذه الأسرار تحظ بالحماية القانونية (١)، مثل التكنولوجيا technologie وهى التطبيقات القائمة على مبادئ علمية وتستخدم فى إنتاج السلع والخدمات والمعرفة الفنية Le savoir faire أو know how ، وأسرار الأعمال .

المطلب الثالث
صور الخطأ في التفاوض

ينبغى أن يسود مبدأ حسن النية فى التفاوض ، فإذا انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة هذا المبدأ فإنه يكون مخطئاً وتثور مسئوليته المدنية ،ولعل أهم التطبيقات فى هذا المجال هى :

١- قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع : من المتفق عليه أن المفاوضات ترتكز على مبدأ الحرية ، حيث يتمتع المتفاوض بمطلق الحرية فى الدخول فى المفاوضات أو الاستمرار فيها أو قطعها واختيار الأسلوب المناسب لها ، وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد الذى يهيمن على المرحلة قبل العقدية(٢) . ولا يقيد هذه الحرية سوى مبدأ حسن النية الذى ينبغى أن يسود العملية التفاوضية . ومن ثم يتعين على المتفاوض أن يمارس حريته فى قطع المفاوضات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ويقتضى ذلك الاستمرار فى التفاوض الجاد بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائى ، وألا يقطع المفاوضات إلا إذا استند إلى مسوغ مشروع ، أى وجود سبب موضوعى يدعو إلى ذلك . فإذا لم يكن هناك مبرر مشروع (٣)، فإن قطع التفاوض يكون

---

(١) C.A. Reims, 11 déc. 1990 Expertbe 1993, 155 Huet, violation de la confidentialité des négociation, les petites affiches 1990, P.4.

(٢) ويمكن قطع المفاوضات فى أى وقت بقرار من الإرادة المنفردة :

cons. com. 11 Han. 1984, Bull. civ. IV, n.16.

(٣) Sans Raison légtime-Rupture sans motif sérieux cass. com. 2 fév. =

خاطئًا لمنافاته لقواعد حسن النية والأمانة فى التفاوض ، أما إذا وجد المبرر ، فإن القطع لا يعتبر خطأ حتى لو ترتب عليه ضرر للطرف الآخر . ومن أمثلة المبرر عدم مناسبة العرض المقدم أو تلقى عرضاً آخر أفضل .

ومن أمثلة الإنهاء التعسفى Rupture abusive للتفاوض ، قطع المفاوضات بصورة مفاجئة وبقرار منفرد دون مبرر مشروع (١) ، رغم أنها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة ويعلم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد (٢)، وتعمد الطرف القاطع ترك الطرف الآخر فى حالة من الغموض وعدم الوضوح بالنسبة لمصير المفاوضة ، حيث يتعين مكاشفة المتفاوض بالرغبة فى إنهاء التفاوض فى الوقت المناسب(٣) .

٢- استفزاز المتفاوض ودفعه إلى قطع المفاوضات : يلجأ الشخص الراغب فى إنهاء التفاوض إلى هذا الأسلوب حتى ينأى بنفسه عن المسئولية ، فيستمر ظاهرياً فى المفاوضات ، إلا أنه يتخذ مواقف وأساليب غير مقبولة تستفز الطرف الآخر وتحمله على إنهاء المفاوضات .

٣- مخالفة الإلتزامات التفاوضية التى يفرضها مبدأ حسن النية وهى كما رأينا الإلتزام بالإعلام والنصح والتحذير والتعاون .

٤- إفشاء الأسرار التى تم الإطلاع عليها أثناء التفاوض أو استغلالها دون إذن الطرف الآخر .

٥- السلوك الخاطئ فى التفاوض : لا شك أن إنحراف المتفاوض عن السلوك المألوف يعتبر خطأ ، كما لو لجأ إلى الغش ، أو تعمد الإضرار بالطرف الآخر . ومن أمثلة ذلك مفاوضات التجسس ، حيث يدخل الشخص

=1994, R.Jur. com. 1996 p. 105 note karimi.

(١) Cass. com. 20 mars 1972, J.C.P. éd. G. 1973. 11 n. 17543.

(٢) C.A. Riom 10 Juin 1992, R.J.D.A. 1992. n. 893.

(٣) C.A. Paris 29 sep. 1995. Inform. et Telecom, 1997, P. 176.

التفاوض دون أن تكون لديه أى نية فى التعاقد وإنما هدفه الوحيد معرفة أسرار الطرف الآخر والإطلاع على أفكاره [1]. ومفاوضات الإعاقة التى ترمى إلى مجرد تعطيل الطرف الآخر وصرفه عن إبرام صفقة أخرى . ومن التطبيقات أيضاً : السكوت عمداً عن واقعة مؤثرة فى التعاقد بقصد الإضرار بالمتفاوض الآخر حيث يعد ذلك من قبيل الغش والتدليس[2] ، والتشهير بالمتفاوض الآخر والإساءة إلى سمعته ، كما لو أشاع فى بعض الأوساط أن قطع التفاوض مرجعه وقائع تمس بمركز وشرف الآخر.

إثبات الخطأ فى التفاوض : الأصل هو حرية التفاوض أو سلامة المركز القانونى للمتفاوض ، وعلى من يدعى الخطأ فى جانبه إثبات ذلك ، فالمضرور يلتزم بإثبات خطأ المتفاوض . ويجوز إثبات واقعة التفاوض بكل طرق الإثبات [3].

المطلب الرابع
طبيعة المسئولية عن التفاوض

القاعدة أن المفاوضات مجرد أعمال مادية faits juridiques غير ملزمة ، ولا يترتب عليها ، فى ذاتها ، أى أثر قانونى ، ولا تنشئ على عاتق الطرفين أى إلتزام ، فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة دون مسئولية ، وهو غير مطالب بتقديم مبرر لإنسحابه ، فالعدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سبباً للمسئولية ، إلا إذا كان متعسفاً فى الانسحاب أو صدرت منه أفعال تتنافى مع الأمانة وحسن النية أو تشكل سلوكاً خاطئاً ، هنا تثور مسئوليته التقصيرية المبنية على الخطأ الثابت ، ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات هذا الخطأ [4].

---

(١) أنظر مثلاً لذلك نقض ١٩٦٦/١/٢٧ س١٧ ص ١٨٢ .

(٢) م ٢/١٢٥ مدنى .

(٣) أنظر مؤلفنا فى قانون الإثبات ، الاسكندرية ٢٠٠١ .

(٤) Lassalle, les pour parlders, R.R.J. 1994, P. 827.

يسلم الفقه والقضاء فى ألمانيا وسويسرا تأثراً بنظرية الفقيه إهرنج عن الخطأ فى تكوين =

وتعبر محكمة النقض عن ذلك المبدأ بقولها : إن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أى أثر قانونى . فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة فى الوقت الذى يريد ، دون أن يتعرض لأية مسئولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ، ولا يرتب هذا العدول مسئولية على من عدل ، إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسئولية التقصيرية ، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض . وفى هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق ذاك الطرف ، ومن ثم فلا يجوز إعتبار العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره ، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسئولية التقصيرية (١).

يلجأ الأطراف أحياناً ، قبل الدخول فى المفاوضة ، إلى إبرام إتفاق على التفاوض accord de négociation لتنظيم العلاقة بين الطرفين خلال تلك العملية ، أى تحديد الحقوق والالتزامات أثناء سير المفاوضات وعند فشلها . ويحدث ذلك لتحقيق الإستقرار والأمان وضمان الجدية بمناسبة التفاوض على

= العقد ، بأن هذه المسئولية قبل العقدية ليست تقصيرية ، بل هى نوع من المسئولية المدنية ، شبه عقدية quasi contractuell تطبق عليها قواعد المسئولية العقدية .

Pédamon, Le Contrat en droit allemand , L.G.D.J. 1993, P. 40.

(١) نقض ١٩٦٧/٢/٩ س١٨ ص ٣٣٤ ، وتطبيقاً لذلك قضت بأنه متى أقام الحكم قضاءه بالتعويض على أن ما تبودل من مكاتبات بين الهيئة العامة للبترول وشركة الملاحة لا يعدو مرحلة التمهيد لإبرام عقد بحرى ولا يؤدى إلى انعقاده ، غير أنه يرى فى التصرفات التى أسندها للسكرتير العام للهيئة إنحرافاً عن السلوك المألوف فى الظروف التى صدرت فيها هذه التصرفات وبالتالى خطأ تقصيرياً ، وكانت هذه التصرفات ليست مما تقتضيه عملية التمهيد للتعاقد التى ذكر الحكم أنها تدخل فى سلطة السكرتير العام ، وكان ما استخلصه الحكم من أن هذه التصرفات كان من شأنها في الظروف الملابسة أن توقع ممثل الطرف الآخر فى فهم خاطئ بأن التعاقد قد تم وأن عليه أن يبدأ فى تنفيذه هو استخلاص سائغ مستمد من مقدمات تؤدى إليه ، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون ، ولا يكون لما يثيره الطاعن فى شأن دلالة المستندات على عدم انعقاد العقد أثر فى قيام المسئولية التقصيرية التى أقام الحكم قضاءه عليها . نقض ١٩٦٨/٣/٢٨ س١٩ ص ٦٤٢.

العقود المرتفعة القيمة ، حيث يستلزم ذلك الجهد والمال والدراسات من أجل الإعداد الجيد للعقد .

إن هذا الإتفاق يلزم الأطراف بالدخول فى المفاوضات والاستمرار فيها بحسن نية ، ولا يعنى الإلزام بإبرام العقد النهائى ، لأن الإلتزام بالتفاوض هو مجرد بذل عناية وليس تحقيق نتيجة ، ومن ثم يكون لكل طرف حرية العدول البعيد عن سوء النية ، حيث يخضع لنفس القواعد والإلتزامات السابقة، وقد يلجأ الأطراف إلى تضمين الإتفاق الإلتزامات الإضافية لضمان جدية المفاوضة وحسن تنظيمها مثل وضع مواعيد وتنظيم أعباء ونفقات التفاوض وحظر إجراء مفاوضات متوازية مع الغير .

هنا ينقلب التفاوض من عمل مادى إلى تصرف قانونى ملزم وتنقلب المسئولية بشأنه من تقصيرية إلى عقدية ، بحيث إذا أخل أحد المتفاوضين بإلتزاماته الناشئة عن تنفيذ هذا الإتفاق فإنه يكون مسئولاً مسئولية عقدية .

المطلب الخامس
التعويض عن الضرر فى التفاوض

إذا ثبت خطأ المتفاوض وترتب على ذلك ضرر مادى أو أدبى ، كان للمضرور الحق فى إثبات ذلك والمطالبة بالتعويض . هذا التعويض يجوز أن يتمثل فى الإجبار على التفاوض أو الإلزام بإبرام العقد ، بل يقتصر دور القاضى على مجرد الحكم بالتعويض النقدى الجابر للضرر طبقًا للقواعد العامة.

ويدخل ضمن عناصر الضرر نفقات التفاوض وضياع الوقت والجهد . وتعبر محكمتنا العليا عن ذلك بقولها : إن قطع المفاوضات دون إخطار فى الوقت المناسب يعتبر خطأ ترتبت عليه عدة أضرار من بينها ما تكبدها الطرف الآخر من خسارة بسبب إضطراره لإهمال مباشرة محله التجارى فى المدة التى قضاها فى الخارج لإختبار المواد اللازمة للمصنع ، إعتماداً على أن الطرف

الآخر جاد فى أن تصل المفاوضات إلى غايتها [١].

وكذلك المساس بالسمعة التجارية ، حيث قد يؤدى قطع المفاوضات دون مبرر إلى النيل من سمعة التاجر فى وسطه المهنى وإثارة الشكوك والأقاويل حوله ، ويعد ذلك ضرراً أدبياً يدخل فى الإعتبار عند تقدير التعويض . وتطبيقاً لذلك قضت محكمتنا العليا بتعويض المتفاوض التاجر ، الذى تم قطع التفاوض معه فجأة وبدون مبرر ، عن الضرر الأدبى الذى أصابه من جراء إظهاره بمظهر من يسهل إنخداعه ومن لا يوثق به مما ينال من سمعته وإعتباره فى السوق التجارى[٢] .

ويعتبر تفويت الفرصة perte d'une chance من الأضرار التى قد تحدث بمناسبة قطع التفاوض بصورة خاطئة ، أى حرمان المتفاوض المعدول عنه من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب إحتمالى ، ومن ثم يجوز التعويض عن الحرمان من فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه ، أو تفويت الفرصة فى إبرام عقد آخر بديل مع الغير . وذلك إذا ما ثبت أن المتفاوض قد تخلى عن هذه الفرصة إعتماداً منه على الأمل الكاذب الذى ولده الطرف القاطع لديه فى إبرام العقد . ولكن يشترط أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل فى الإفادة منها له ما يبرره [٣].

---

(١) نقض ١٩٦٦/١/٢٧ السابق .

(٢) نفس الحكم .

(٣) Cass. com. 17 nov. 1993, B.C.IV. n. 390 abs. Viny.

المبحث الثانى

وجود التراضى وصحته

(أ) القواعد العامة :

يلزم لانعقاد البيع توافر الرضى Le Consentement بين البائع والمشترى على العناصر الأساسية وهى ماهية العقد أو طبيعته والمبيع والثمن . « فعقد البيع لا ينعقد إلا إذا اتفق العاقدان على طبيعة العقد الذى يقصدان ابرامه حيث يتلاقى الايجاب والقبول على حصول البيع»[1]. وكذلك الحال

---

(١) إن المقرر أن التعاقد على البيع لا يعتبر تاماً وملزماً إلا إذا تلاقت إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام بالبيع ونفاذه مما يقتضى ايجاباً يعبر به المتعاقد الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى ابرام عقد يلتزم به المتعاقد الآخر أن ينقل إليه ملكية الشئ المبيع مقابل ثمن نقدى وإن يقترن به قبول مطابق له يصدر من هذا الأخير أو من ينوب عنه قانوناً . (طعن رقم ١٦٢٢ لسنة ٥٥ق – جلسة ١٩٩١/٥/١٢) .

« .... فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت استخلاصاً سائغاً من الخطابين المتبادلين بين الشركة الطاعنة ووزارة التموين المطعون عليها – المفصحين عن ايجاب الشركة وقبول وزارة التموين هذا الايجاب – ومن الظروف التى لابست العقد ان نية الطرفين لم تنصرف الى البيع ، بل الى الاتفاق على زيادة مقطوعية السكر المقررة لمصنع الشركة مقابل استيراد الأخيرة كمية من السكر من الخارج ، وكانت الأسباب التى استندت اليها تبرر قانوناً هذا التكييف ، فإن النعى على الحكم – فى هذا الخصوص– بمخالفة القانونى يكون فى غير محله » نقض ١٩٦٣/١/١٠ س١٤ ص٩٣.

التصديق على عقود بيع الأراضى المملوكة للاصلاح الزراعى ق ٣ لسنة ١٩٨٦ . معقود لمجلس إدارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى . إعلان الهيئة أو من يمثلها عن رغبتها فى البيع والاجراءات التى تقوم بها لهذا الغرض لا يعتبر ايجاباً منها . الايجاب فى هذه الحالة من راغب الشراء بتقدمه للشراء على أساس سعر معين .

(الطعن رقم ٢٢٥٦ لسنة ٦٥ق – جلسة ١٩٩٦/٥/٨) .

بالنسبة للمبيع [1] والثمن حيث يجب أن يكون كلاً منهما محددا أو قابلاً للتحديد .

أما بالنسبة للمسائل الثانوية فإنه « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقًا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » [2]. أى أن عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية لا يؤثر على انعقاد العقد إلا إذا اشترط الأطراف خلاف ذلك صراحة .

القاعدة العامة أن البيع عقد رضائى يكفى لانعقاده توافر التراضى [3]، إلا أن هناك حالات استثنائية يلزم فيها افراغ العقد فى شكل معين حتى ينعقد صحيحًا وهى : البيع مقابل مرتب لمدى الحياة [4] ، بيع السفن [5] ، بيع المؤلف[6] .

ويخضع عقد البيع للقواعد العامة فى الاثبات والتفسير[7]

---

(١) « ... واختلاف الطرفين على مساحة المبيع وحدوده يجعل البيع غير منعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة » نقض ١٩٥٠/١/١٩ س١ ص ٢٠٣ .

(٢) م ٩٥ .

Gautier, SOus le Code Civil, Dalloz, 2004, P. 88/

(٣) المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن البيع عقد رضائى لم يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصًا بل ينعقد بمجرد تراضى المتبايعين . (نقض ١٩٩١/٢/٢٧ طعن ٣٣٩ س ٥٨ق).

(٤) تقضى المادة ٧٤٣ مدنى بأن « العقد الذى يقرر المرتب (لمدى الحياة) لا يكون صحيحًا إلا إذا كان مكتوبًا وهذا دون اخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع » .

(٥) تنص المادة ٣ من قانون التجارة البحرى على أن « بيع السفينة كلها أو بعضها اختياريًا يلزم أن يكون بسند رسمى سواء حصل قبل السفر أو فى أثنائه وإلا كان البيع لاغيًا .

(٦) تشترط المادة ٣٧ من القانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ أن يكون التصرف فى حق استغلال المصنفات مكتوبًا .

(٧) انظر مؤلفنا فى قانون الاثبات ، الاسكندرية ١٩٩٨ . =

والأهليـة وعيـوب الارادة (1). إلا أن المشـــــرع أورد بعض الأحكام الخاصة

= ومن تطبيقات قضاء النقض فى ذلك :

« لا يلزم لانعقاد العقد اثبات الايجاب والقبول فى محرر واحد ، إذ يجوز استخلاص ذلك من مسـلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بن الطرفين » نقض ١٩٦٦/١/١١ س١٧ ص ٧١.

« متى كـان طرفـا النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمـة إن هى أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه الى المدعى عليه وقيمـة الأشياء المبيعة وذلك لأن الاثبات فى المواد التجارية جائز بكافة طرق الاثبات » . نقض ١٩٥٤/١/٢٨ س٥ ص ٤٥٨.

« لا على الحكم المطعون فيه إذا كان قد استخلص من المراسلات المتبادلة بين الطرفين قيام التعاقد بينهـما فى مادة تجارية ، وان ارادتهـما قد تلاقت فى شأن تحديد قدر المتعاقد عليه » نقض ١٩٦٧/١٢/١٢ س١٨ ص١٨٦٠ .

لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها واستظهار نية أطرافها ، متى كان تفسيرها لم يخرج عما تحتمله عباراتها ولا يخرج عن المعنى الظاهر لها ، وهى فى ذلك لا تتقيد بما تفيده عبارة معينة وإنما بما تفيده فى جملتها ، ولا سلطان لمحكمة النقض عليها فى هذا الصدد . (نقض ١٩٨٠/١٢/١٢ س٣١ ص ١٩٩٢ ، نقض ١٩٨٧/٤/١٥ طعن رقم ١٨٦٩ س٥٢ق ، نقض ١٩٨٧/٣/٢٢ طعن ٢٠١٢ س٥٣ق).

(1) انظر مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ٢٠٠٥ .

إن الاكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان عقد البيع الصادر منه إلى المطعون ضده الثانى محل المنازعة لحصوله نتيجة اكراه وأوضح ظروف تحريره والقرائن التى استدل بها على هذا الاكراه ، وكان الحكم المطعون فيه لم يتعرض لهذا الدفاع ولم يتناول بالبحث تلك القرائن نتيجة لفهمه الخاطئ لحقيقة هذا الدفاع ومرماه على أنه ادعاء بتزوير عقد البيع المشار إليه لم يقم باجراءاته على النحو الذى رسمه القانون رغم أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم يكون معيبًا بما يوجب نقضه لهذا السبب . (طعن رقم ١٧٩٢ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/٤/١١) .

إن الحكم المطعون فيه وقد قضى ببطلان عقد البيع فما كان للمحكمة بعد ذلك أن تعرض لطلب فسخه . (طعن رقم ١١٧١ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١١/١٨) .

تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع أنها حررت عقد البيع لنقل حيازة الأرض =

بالغبن فى عقد البيع نتناولها عند دراسة الثمن ، وحكمًا آخر خاص بالعلم بالشئ المبيع نعرض له بشئ من التفصيل .

(ب) العلم الكافى بالمبيع :

تقضى القواعد العامة بأنه يلزم لانعقاد البيع أن يكون المبيع معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة[1] . ويجوز للمشترى ابطال العقد إذا وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى المبيع وكان هذا الغلط مشتركاً أى داخلاً منطقة التعاقد .

أضاف المشرع الى تلك القواعد حكمًا خاصاً يقضى بضرورة توافر علم المشترى بالمبيع . « ١- يجب أن يكون المشترى عالمًا بالمبيع علمًا كافيًا ، ويعتبر العلم كافيًا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . ٢- وإذا ذكر فى عقد البيع ان المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع » [2] .

يوفق النص بين خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الاسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدنى التى لا تشترط رؤية المبيع بل تقتصر على اشتراط أن

= للمطعون ضده الأول لتوهمها خطأ أنه غاصب لها يرث المساحة عن أبيها وطلبها إحالة الدعوى إلى التحقيق . إطراح الحكم الابتدائى هذا الدفاع تأسيساً على أن الطاعنة وصفت دفاعها بأنه طعن بالصورية لا يجوز للمتعاقدين إثباته إلا بالكتابة . التزام الحكم المطعون فيه ظاهر الوصف الذى أطلقته على دفاعها وعدم أخذه بالتكييف السليم من أنها تتمسك بطلب إبطال العقد لكونها وقعت فى غلط لولاه ما وقعت عل يعقد البيع ولا عقد القسمة . خطأ وقصور .

(الطعن ٣٤٩ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٤/٧/١٢) .

(١) « محل الالتزام تضمينه نقل حق عينى على شئ . وجوب أن يكون الشئ معيناً أو قابلاً للتعيين . المادتان ١/١٣٣ ، ١/٤١٩ مدنى . تعيين ذاتية المبيع ، جواز استخلاصها من النية المشتركة للمتعاقدين وقت ابرام العقد وكيفية تنفيذهما له » نقض ١٩٨٦/٥/٢٠ طعن ١٤٤٠ س ٥٣ق.

(٢) م ٤١٩ . منصور مصطفى منصور، ص ٦٥.

يكون معيناً تعييناً كافياً . ويزيد النص عن أحكام الغلط التى لا تجيز للمشترى طلب ابطال العقد إلا إذا أثبت وقوعه فى غلط جوهرى فى المبيع ، ولا يكفى للاثبات عدم رؤيته للشئ المبيع طالما كان معيناً فى العقد .

يُشترط لصحة البيع أن يكون المشترى على علم كافٍ بالشئ المبيع ، ويتحقق هذا العلم بواحد من أمور ثلاثة : **الأول** : رؤية المبيع ومعاينته ، **الثانى** : أن يشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرّفه . أى تعيينه بطريقة تميزه عن الأشياء الأخرى[1] . **الثالث** : اقرار المشترى فى العقد بأنه عالم بالمبيع . يغنى الاقرار عن الرؤية والوصف ويترتب عليه سقوط حق المشترى فى طلب الابطال بدعوى عدم العلم ، ما لم يقدم الدليل على أن البائع قد دلس عليه .

رتب المشرع على عدم العلم بالمبيع بالمعنى السابق أحقية المشترى فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم العلم . والبطلان هنا نسبى مقرر لمصلحة المشترى دون البائع . وتستقل دعوى البطلان لعدم العلم بالمبيع عن أحكام البطلان للغلط .

ويسقط حق المشترى فى طلب الابطال بدعوى عدم العلم بالمبيع – طبقاً للقواعد العامة بشأن البطلان النسبى – بالتقادم ، أى بثلاث سنوات من وقت العلم ، أو بخمس عشرة سنة من وقت العقد . ويسقط الحق أيضاً بالاجازة الصريحة أو الضمنية بعد تحقق العلم بالمبيع . ويضيف الفقه الى جانب ذلك أسباب أخرى مستمدة من أحكام خيار الرؤية فى الشريعة الاسلامية مثل تعيب المبيع أو زيادته أو هلاكه فى يد المشترى .

---

(١) « فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت ان المشترى لم يكن يجهل مساحة المنزل الذى اشتراه ، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه وكان هذا الاستخلاص سليماً مبنياً على ما أوردته فى حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، فلا يجوز بعد ذلك اثارة هذا الأمر أمام محكمة النقض لتعلقه بموضوع الدعوى » نقض ١٩٤٠/١٠/٢٤ مجموعة عمر ٣ ص ٢٥٩ .

المبحث الثالث

صور التراضى على البيع

نعرض فـى هذا المجال لأهم صور وأوصاف التراضى على البيع ، وهى الوعد بالبيع أو بالشراء ، البيع بالعربون ، البيع بشرط التجربة ، البيع بالمذاق ، البيع بالمزاد .

المطلب الأول

الوعد بالبيع أو بالشراء

يمكن أن يسبق انعقاد عقد البيع عدة مراحل مثل اجراء المفاوضات أو اعداد مشروع للعقد ، هذه المراحل لا تحمل صفة الالزام ، إذ يستقر قضاء النقض على أن مشروع عقد البيع لا يكون ملزمًا لأى من الطرفين ويستطيع كل منهما الامتناع عن ابرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر اجباره على ذلك عن طريق القضاء [١]. ويبدأ الالزام مع عدة صور قد تسبق ابرام العقد النهائى مثل الوعد بالبيع أو البيع بالعربون أو البيع الابتدائى[٢] .

يخضع الوعد بالبيع للقواعد العامة الواردة فى التقنين المدنى التى تنظم الوعد بالعقد بصفة عامة – سواء كان بيعاً أم ايجاراً أو غير ذلك من العقود . لهذا نكتفى بمجرد الاشارة الى تطبيق تلك القواعد على الوعد بالبيع. ويتخذ الوعد بالبيع إحدى صور ثلاث :

---

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/٩ س٢٦ ص١٥٩٣ .

(٢) والذى سوف نعرض له بمناسبة الالتزام بنقل الملكية .

D. Maueaud, Les concepts contractuels, Dalloz 2003, P. 85.

(أ) الوعد بالبيع :

ويلتزم فيه الواعد بأن يبيع شيئًا للموعود له إذا أبدى هذا الأخير رغبته فى الشراء خلال مدة معينة ، فالوعد هنا ملزم للبائع دون المشترى الموعود له بالبيع، ويكفى لقيام عقد البيع ابداء الرغبة خلال المدة المحددة للوعد[1] .

وقد يأخذ الوعد بالبيع صورة أخرى هى الوعد بالتفضيل ، حيث يلتزم الواعد بأن يفضل شخص معيّن فى التعاقد إذا ما قرر بيع مال معين خلال مدة محددة . فالالتزام بالتفضيل هو وعد بالبيع معلق على شرط واقف هو أن يرغب الواعد فى البيع .

فالوعد بالتفضيل هو اتفاق يلتزم فيه الواعد ، عند الرغبة فى البيع ، بعرض الشىء على الموعود له تفضيلاً له على غيره . فالواعد يلتزم بعدم البيع لغير الموعود له إلا بعد عرض البيع عليه . كأن يعد المالك المستأجر بأن يفضله على غيره إذا قرر بيع العين المؤجرة .

وتعبّر محكمة النقض عن ذلك بقولها : الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو عقد لا بد فيه من ايجاب من الواعد وقبول من الموعود له ، ومن ثم فهو لا يعتبر بهذه المثابة مجرد ايجاب من جانب الواعد بل هو أكثر من ذلك لاقترانه بقبول من جانب الموعود له ، كما أنه لا يعتبر فى نفس الوقت بيعاً نهائياً بل يبقى دون ذلك لأن كلاً من الايجاب والقبول فيه لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد الوعد به ، كما أن الالتزام فيه قاصر على جانب الواعد وهو التزام بعمل ينصب على ابرام عقد البيع الموعود به »[2] .

(ب) الوعد بالشراء :

حيث يلتزم الشخص بأن يشترى مالاً معيناً من مالكه إذا قرر البيع

---

(١) السنهورى ص ٥٥ .

(٢) نقض ١٩٨٤/٦/١٢ طعن ٣٦٣ س٥١ق .

خلال مدة معينة (1)، فالوعد هنا ملزم لجانب واحد هو الواعد بالشراء أما الموعود له وهو المالك فلا يلتزم بشئ . مثال ذلك حصول المالك على وعد من جانب شخص بأن يتقدم لشراء العين عندما يقرر المالك بيعها .

ومن الأمثلة العملية للوعد بالشراء الوعد الصادر من شخص بدخول مزاد وارساء المزاد عليه . وقد أقرت محكمة النقض مشروعية هذا الاتفاق : « إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوع ملكيته اتقاء لخطر المجازفة ، وسعيًا وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم ، والتزم المشترى بالتدخل فى المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن الى الحد المتفق عليه ، بحيث إذا اضطر الى الزيادة فى الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها ، فإن الدفع ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشترى للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس . ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الاخلال بحرية المزايدة أو ابعاد المزايدين عن محيطها بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشترى من المدين فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه ، وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة فمردود بأن المتعاقد مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار اليه فى مركز المشترى والمدين فى مركز البائع ، ومن حق المشترى الحصول على الزيادة وسببها القانونى هو العقد المبرم بينهما(2).

(جـ) الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء :

كأن يعد شخص غيره بأن يبيع له مال محدد إذا قبل الشراء خلال مدة معينة ، ويلتزم الآخر بأن يشترى هذا المال إذا قرر الأول البيع خلال هذه المدة.

---

(1) نقض 30/1/1950 س6 ص507 .

(2) نقض 30/1/1950 س6 ص507 .

هنا نكون بصدد عقد تبادلى بات ليس بيعًا نهائيًا لأن ارادة الأطراف لم تتجه لذلك . ومع ذلك فإن محكمة النقض تعتبره بمثابة بيع تام .

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : « إذا كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن وعد بشراء قطعة الأرض الواردة فى الاتفاق بالسعر المحدد به ، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر ، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب الطاعن هو بيع تام ملزم للطرفين تترتب عليه كل الآثار التى تترتب على البيع ، ولا يؤثر عليه ارجاء التحديد النهائى لمساحة المبيع » (١).

(د) شروط قيام الوعد :

ويلزم لقيام الوعد بصوره الثلاث توافر شروط انعقاد العقد بصفة عامة الى جانب تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد وهى المبيع والثمن والمدة التى يجب ابرامه فيها (٢). وبالنسبة للشكل لا يلزم افراغ الوعد بالبيع فى شكل معيّن لأن البيع عقد رضائى ، أما إذا كان القانون يستلزم فى البيع شكلاً معيناً فإن الوعد بهذا البيع يلزم أن يتم فى نفس الشكل مثل الوعد ببيع سفينة.

وتؤكد محكمة النقض ذلك بقولها : « يشترط لانعقاد الوعد بالبيع اتفاق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به فضلاً عن المدة التى يجب فيها على الموعود اظهار رغبته فى الشراء حتى يكون السبيل مهيئًا لابرام العقد النهائى لمجرد ظهور رغبة الموعود دون حاجة الى اتفاق آخر»(٣). « ولا يؤثر فى صحة انعقاده ونفاذه قيام الخلاف بين الطرفين حول تنفيذ أى منهما لالتزاماته المترتبة عليه لأنهما فى النهاية يخضعان فيما اختلفا فيه لأحكام القانون . وكان الطرفان لم يفصحا عن وجود شروط أخرى

---

(١) نقض ١٩٧٧/٥/٢٥ س ٢٣ ص ١٠١ .

(٢) Dagot, Promesse unilaterale de Vente, J.C.P., 1980.1.2986.

(٣) نقض ١٩٨٨/٤/١٣ طعن ١٤٥٢ س٥٤ق .

أرادا تعيينها لانعقاد الوعد بالبيع عدا أركانه الأساسية وهى الثمن والمبيع ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند الاتفاق على المسائل التفصيلية مثل ميعاد الوفاء بالثمن »[1] . « ولا ينعقد العقد بالوعد إذا حدث تعديل فى الثمن من جانب الموعود له ما لم يقبل الواعد هذا التعديل وتتطابق ارادة طرفىّ العقد»[2].

يترتب على الوعد التزام الواعد بوعده الى أن يبدى الموعود رغبته خلال المدة المحددة ، فإذا ما أبديت الرغبة انعقد البيع من وقت ابداء الرغبة دون أثر رجعى ودون تطلب رضاء جديد من الواعد[3]. وإذا انقضت المدة المحددة دون أن يعلن الموعود له رغبته فى التعاقد أو رفض ذلك صراحة أو ضمناً فإن التزام الواعد يسقط .

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه : « متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقاراً للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن فى خلال مدة معينة فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيّف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا انذار أو تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته فى الشراء » [4] . و «إذا استخلص الحكم من أوراق الدعوى معنى العدول عن التعاقد وكان ما استخلصه من ذلك سائغاً فلا معقب عليه . ومن ذلك استخلاص عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطياناً تشمل العين المتعاقد بينهما على بيعها » [5] .

---

(١) نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ س٣١ ص ٦١٨ .

نقض ١٩٦٤/١/٢٣ س١٥ ص ١١٥ .

(٢) نقض ١٩٦٥/١٢/١٦ س١٦ ص ١٢٩١.

(٣) نقض ١٩٨٨/٤/١٣ طعن ١٤٥٢ س ٥٤ق .

(٤) نقض ١٩٥٤/٥/٦ المجموعة خلال ربع قرن ص ٣٥١ .

(٥) نقض ١٩٤٦/٦/٦ نفس الموضع .

(هـ) أحكام الوعد :

يتمتع الموعود له بحق الخيار فى قبول العقد الموعود به أو رفضه ، وهو حق شخصى تجوز حوالته ، ما لم يكن الوعد قائماً على اعتبار شخصى أى انه تقرر لصفة أو اعتبار خاص للموعود له .

وقبل إبداء الموعود له رغبته فى الشراء يظل الواعد مالكاً للشىء محل الوعد وله سلطة استعماله واستخدامه وتكون تبعة الهلاك عليه . ويترتب على الهلاك الكلى سقوط الوعدقبل ابداء الرغبة ، ومن ثم لا محل لإعمال الوعد بالبيع كلية . أما فى حالة الهلاك الجزئى ، فإن الوعد لا يسقط ، ويجوز للموعود له إبداء الرغبة فى شراء الجزء الباقى .

ويترتب على إبداء الرغبة فى الشراء انعقاد البيع فوراً ما لم يكن الوعد مقترناً بشرط خاص لم يتحقق وقت ابداء الرغبة ، كاشتراط دفع الثمن عند ابداء الرغبة [(١)].

وإذا نكل الواعد عن وعده وقاضاه المتعاقد الآخر طالبًا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى بـه مقام العقد [(٢)] . وإذا استحال تنفيذ الالتـزام عيناً [(٣)] أمكن الحكم بالتعويض طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية .

---

(١) Ph. Pelletier, Defrénois 2001, 205.

(٢) م١٠٢ .

(٣) كأن يكون الواعد قد تصرف فى المبيع أو رتب عليه حقاً عينياً يتعارض مع حق الموعود له .

المطلب الثانى
البيع بالعربون

« دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر»[1].

وترى محكمة النقض أن النص يفيد قيام قرينة قانونية - قابلة لاثبات العكس - تقضى بأن الأصل فى دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنًا على أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء فى تنفيذ العقد[2]. ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى اعطاء العربون حكمه القانونى[3] .

وتضيف نفس المحكمة : ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به البيع باتًا ، أو أنه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول » [4]. « .... أو أن العاقدين قصدا أن يكون البيع بيعًا باتًا منجزًا بشرط جزائى ولم يقصدا أن يكون بيعًا بعربون أو بيعًا معلقًا على شرط فاسخ ... والنعى على هذا الحكم بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعيًا مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض

---

(١) م١٠٣ .

(٣) نقض ١٩٨٠/١٢/٢ س٣١ ص ١٩٩٢ .

(٣) نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ س٢١ ص ٧٤٣.

دلالة دفع العربون جواز العدول عن البيع ما لم يتفق الطرفان صراحة أو ضمنًا على غير ذلك » نقض ١٩٨٧/٣/٣١ طعن ١٦٣٧ س٥٣ق .

(٤) نقض ١٩٥٦/٣/٢٢ س٧ ص٣٦٩.

عليه » (١) . « ولا يقبل التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض » (٢).

والمرجع فى بيان دلالة العربون هو بما تستقر عليه نية المتعاقدين ، ولمحكمة الموضوع سلطة استظهار تلك النية من ظروف الدعوى ووقائعها لتحديد ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به البيع باتاً أم انه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول وان ذلك يدخل فى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض طالما أن قضاءها يقوم على أسباب سائغة(٣) .

وخيار العدول يتقرر فى الأصل لكل من طرفى العقد ، ويمكن أن يتقرر لأحدهما فقط .ويترتب على التمسك به اعتبار العقد كأن لم يكن . ومبلغ العربون يخسره من يعدل عن العقد باعتباره ثمن العدول . فإذا عدل عن العقد من دفع العربون فإنه يخسر ما دفعه . وإذا عدل من قبض العربون فإنه يرد ما قبضه ومثله معه .

المطلب الثالث
البيع بشرط التجربة

يشترط المشترى – أحياناً – تجربة المبيع ليتبيّن مدى صلاحيته للغرض المقصود منه أو ملائمته لحاجته الشخصية .

فالبيع بالتجربة يفترض استعمال المشترى للمبيع فترة مؤقتة إما لاختبار مواصفات المبيع، وإما للكشف عن مدى ملاءمته للمشترى . ويتوقف ابرام البيع البات والنهائى على نتيجة التجربة .

---

(١) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ س٢١ ص ٣٤٤ .

(٢) نقض ١٩٧٨/٤/١٨ س٢٩ ص١٠٢٠ .

(٣) نقض ١٩٧٩/٥/٢٤ طعن ١١٠ س ٤٨ق.

وشرط التجربة يمكن أن يرد صراحة فى العقد ويمكن أن يستفاد ضمناً من طبيعة الشئ المبيع أو من ظروف التعامل كشراء الآلات والسيارات والملابس .

يعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف[1] هو قبول المبيع بعد تجربته ، فإذا تحقق الشرط رتب العقد آثاره من يوم انعقاده، وإذا لم يتحقق فإن البيع يعتبر كأن لم ينعقد أصلاً .

وقد يتبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ[2] ، فهنا يرتب البيع جميع آثاره فوراً . فإذا تحقق الشرط وهو فشل التجربة اعتبر البيع كأن لم يكن ، وفى حالة نجاح التجربة يتأكد قيام العقد .

يلتزم البائع بتمكين المشترى من تجربة الشئ المبيع . ويجب أن تتم التجربة خلال المدة المتفق عليها ، أو المدة المعتادة على ضوء ما جرى عليه العمل فى الجهة أو بحسب طبيعة التعامل . والأصل أن يقوم المشترى بالتجربة شخصيًا أو من يمثله كأحد أهل الخبرة ، ويكون ذلك عادة فى حضور البائع . ويتعين اجراء التجربة طبقاً لما تقتضيه طبيعة الشىء وما يجرى عليه العمل . فلا يجوز استعماله بطريقة غير عادية أو للحصول على منفعة أثناء فترة التجربة . ويلتزم المشترى بالمحافظة على المبيع وتعويض البائع عن كل ضرر يصيبه .

ويجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه ، فإذا رفض المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ، جاز للبائع تحديد مدة معقولة ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سلوكه قبولاً[3] .

---

(١) المادة ٤٢١ مدنى . وتطبق القواعد العامة الواردة بشأن العقد المعلق على شرط طبقاً لما هو وارد فى المواد ٢٦٥ : ٢٧٠.

(٢) المادة ٤٢١ مدنى . البدراوى ص ٨١ .

(٣) م٤٢١ .

Com. 30 oct. 2000, D. 2001, 3241.

المطلب الرابع
البيع بشرط المذاق

يبدو مجال تطبيق البيع بشرط المذاق بالنسبة للأشياء التى لا يكفى فيها لعلم المشترى بالمبيع مجرد التعيين أو المشاهدة ، بل يلزم تذوقه لها حتى يتأكد من مدى ملائمتها للذوق الشخصى أو للحاجة المخصصة لها . ويثبت شرط المذاق بالاتفاق عليه صراحة أو ضمناً من ظروف التعاقد وملابساته والعادات التجارية . ويصدق ذلك على بيع الأنبذة والزيوت وبعض المأكولات .

لا ينعقد بيع المذاق إلا من الوقت الذى يتم فيه اعلان المشترى عن قبوله البيع ، وقبل الاعلان لا نكون بصدد بيع بل مجرد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد وهو البائع .

ويختلف بيع المذاق عن البيع بشــرط التجـربة ، لا فى أن المشتـرى حـر فى القبـول أو فى الرفض فى مـدة يحـددها الاتفـاق أو العرف فـالاثنان حكمهما واحد فى ذلك ، ولكن فى أن البيع لا يعتبر معلقاً على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت اعلان المشترى للقبول دون أثر رجعى ، فبيع المذاق ، قبل قبول المشترى ، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد[1] .

ويلتزم البائع الواعد بتمكين المشترى من المذاق بنفسه أو بمن يفوضه فى ذلك . وعلى المشترى أن يعلن رأيه فى المدة المتفق عليها أو التى يسمح بها العرف . وهو حر فى القبول أو الرفض . فإذا أعلن قبول الشراء انعقد البيع من وقت الاعلان أى دون أثر رجـعى . وإذا رفض الشـراء أو سكت عن اعـلان رغبته فإن الوعد بالبيع ينقضى ويتحلل الواعد من وعده .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨ . م ٤٢٢

المطلب الخامس
البيع بالمزاد

الأصل أن يتم البيع عن طريق الممارسة ، إلا أنه يتم أحيانًا عن طريق المزاد . ويتم البيع بالمزاد فى حالة بيع أموال المدين جبراً عنه ، وبيع أموال القصّر والمحجور عليهم . وكثيراً ما تقوم الجهات الحكومية ببيع أموال الدولة بالمزاد . وقد يلجأ الأفراد الى بيع ما لديهم من أموال عن طريق المزاد [1].

(أ) انعقاد البيع بالمزاد :

« لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء آخر يزيد عليه ولو كان باطلاً » [2]. مؤدى ذلك أن طرح السلعة فى المزاد هو دعوة الى التعاقد أى أن افتتاح المزايدة على الثمن ليس إلا دعوة للتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الايجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد، أى أن رسو المزاد هو القبول الذى ينعقد به العقد .

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : « ان التقدم بالعطاء ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ليس إلا ايجاباً من صاحب هذا العطاء فلا بد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بارساء المزاد عليه ممن يملكه ، ولما كان هذا القبول لم يصدر من المطعون ضده وقام باخطار الطاعن برفض عطائه ، فإن عقداً ما لا يكون قد انعقد بينهما[3] » .

« ان طرح وزارة الزراعة مناقصة توريد مادة على أساس الشروط الواردة فى قائمة الاشتراطات لا يعتبر قانونًا ايجاباً منها وإنما هو مجرد دعوة الى التعاقد ، أما الايجاب فهو يصدر ممن يتقدم بعطائه بالشروط المبينة فيه ، فإذا كانت الوزارة قد قبلت هذا الايجاب الصادر من المطعون ضده بغير تحفظ

---

(١) Mauger- vielpeaux, la vente aux énchered Economica 2002, P. 17.

(٢) م٩٩ .

(٣) نقض ١٩٦٩/٦/١٢ س٢٠ ص٩٥٧ .

ببرقية نوّهت فيها بأن التفصيل بالبريد ، فإن هذا التنويه لا يمنع من انعقاد العقد على أساس الايجاب المذكور مادام الخطاب المتضمن هذا التفصيل لم يصل الى المطعون ضده قبل وصول البرقية » (١).

« والعطاء الذى تلحق به صفة القبول يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلاً أو قابلاً للبطلان بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد ، وليس فى ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فمادام التقدم بالعطاء هو الايجاب فهو يسقط إذ لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد ، أما الميعاد فى هذا الفرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينقضى بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر أو باقفال المزاد دون أن يرسو على أحد» (٢).

والأصل أن يتم العقد برسو المزاد على أكبر عطاء ، إلا أنه من الجائز أن يرفض صاحب الصفقة آخر عطاء ويقفل باب المزايدة دون أن ترسو على أحد، ومن الجائز أيضًا أن يشترط صاحب السلعة أن يكون له الحق فى قبول أو رفض أى عطاء بدون ابداء الأسباب . والقيد على ذلك هو عدم التعسف فى استعمال هذا الحق .

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه : « متى كان الطاعن قد قبل دخول المزايدة على أساس قائمة شروط المزايدة التى تحوى النص على تخويل المطعون ضده الحق فى قبول أو رفض أى عرض دون ابداء الأسباب ، ووقع عليها بما يفيد علمه بما تضمنته ، فإنه يكون قد إرتضاه ويكون للمطعون ضده إعمالاً لهذا الشرط مطلق الحرية فى رفض أى عطاء ولو كان هو العطاء الأخير دون أن يطلب منه ابداء سبب مشروع لهذا الرفض » (٣).

ويتوقف نفاذ رسو المزاد، أحيانًا ، على تصديق شخص أو جهة ، وذلك

---

(١) نقض ١٩٦٦/٣/٢٨ س١٧ ص٧٣٠.

Honlet, Commentaire, D. 2001, 141.

(٢) الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤.

(٣) نقض ١٩٦٩/٦/١٢ س٢٠ ص٩٥٧ .

كتصديق المحكمة أو مجلس الادارة أو لجنة خاصة فى بيع أموال الدولة ، هنا لا ينفذ البيع إلا بعد تمام التصديق . لذلك قضى بأن « بيع أملاك الحكومة الخاصة المطروحة فى المزايدة لا يتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية ولا يعتبر رسو المزاد وايداع مبلغ التأمين إلا ايجاباً صادراً من الراسى عليه المزاد »(١) .

وتسرى الأحكام السابقة على مناقصات الشراء ، حيث يعتبر فتح باب المناقصة مجرد دعوة الى التعاقد ، والايجاب فيها هو التقدم بعطاء . ويعتبر رسو المناقصة فيها هو القبول الذى يتم به الشراء .

وتذهب محكمة النقض الى أنه ليس فى القانون ما يمنع من الاتفاق على أن يتخلى أى شخص بإرادته واختياره عن الاشتراك فى المزايدة فى بيع اختيارى طالما أن حرية التزايد متاحة لغيره من الراغبين في الاشتراك فى المزاد . « وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد رفض اجابة الطاعن الى طلب الاحالة الى التحقيق لاثبات اتفاقه مع المطعون ضده على عدم التقدم لمزاد بيع الأرز موضوع الدعوى على أن يبيعه المطعون ضده كمية من الأرز التى يرسو مزادها عليه استناداً الى أن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام لأنه يحد من حرية المزايدة مما يجعل اثباته بالبينة غير جائز قانوناً ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » (٢).

وإذا وقع المتزايدون على قائمة شروط البيع بالمزاد قبل دخولهم فيه فإن العقد ينعقد وفق هذه الشروط . « لما كانت المادة ٣٥ من اللائحة التنفيذية تقضى بأنه يجب على المتزايدين أن يوقعوا على قائمة شروط البيع بالمزاد قبل دخولهم فيه وكان التقدم بالعطاء ليس ايجاباً من صاحب هذا العطاء وفق شروط المزاد الذى قبل دخوله على أساسها ، وكان الحكم المطعون فيه

---

(١) نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ س١٩ ص١٢٨٧ .

(٢) نقض١٩٧٥/١٢/٨ س٢٦ ص١٥٧٢ .

قد انتهى فى حدود سلطته التقديرية وبأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى الى ما رتبه عليها الى أن الطاعن تقدم بعطائه فى المزاد وهو عالم وموافق على شروطه دون اعتراض منه عليها وأنه لا يقبل منه بعد ذلك القول بانعقاد العقد وفق شروط أخرى » (١) .

(ب) طبيعة الحكم الصادر برسو المزاد :

استقرت محكمة النقض على عدة مبادئ بصدد تحديد طبيعة وآثار الحكم الصادر برسو المزاد .

أولاً : ان الحكم الصادر برسو المزاد ليس حكماً بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة فى الخصومات وإنما هو عقد بيع ينعقد جبراً بين مالك العقار المنعقد عليه وبين المشترى الذى تم إيقاع البيع عليه ، ومن ثم فإنه يترتب على صدور حكم مرسى المزاد وتسجيله الآثار التى تترتب على عقد البيع الاختيارى (٢) .

ثانياً : يحق للراسى عليه المزاد أن يستلم العقار المبيع وينتفع بغلته وثمراته ، ويثبت له ذلك الحق من يوم صدور الحكم بايقاع البيع لا من يوم تسجيله (٣) .

ثالثاً : الحكم بايقاع بيع العقار لا تنتقل به الملكية سواء بالنسبة للراسى عليه المزاد أو بالنسبة الى الغير إلا بتسجيله .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن من اشترى حصة أحد الشركاء بعقد مسجل قبل تسجيل حكم ايقاع البيع أو قبل التاريخ الذى يرتد اليه أثر تسجيله ولم يختصم فى اجراءات البيع لا يحاج بالحكم ، ولو كان البائع له مختصماً فى الدعوى ، وتنتقل اليه هو ملكية الحصة التى اشتراها دون الراسى عليه المزاد .

---

(١) نقض ١٩٨٢/١١/٩ س٣٣ ص٨٨٣.

(٢) نقض ١٩٨١/٦/٢٥ س٣٢ ص ١٩٣٩ .

(٣) م ٤٤٦ مرافعات – نقض ١٩٨٦/١٠/١٥ طعن ٦٠٤ س٥٣ق .

ويكون له أن يطلب تثبيت ملكيته لهذه الحصة فى مواجهة المشتاعين ومن حكم بايقاع البيع عليه ، حتى ولو كان المشترى الذى سبق تسجيل عقده متواطئًا مع البائع أو عالمًا بسبق التصرف الى الغير ، إذ لا يحول ذلك دون كسب ملكية المبيع بمقتضى عقده الذى بادر بتسجيله فصح سنداً لنقل الملكية اليه [1].

رابعــًا : ان رسو المزاد فى البيع الجبرى لا ينشئ ملكية جـديدة مبتدأة للراسى عليه المزاد ، ولكن من شأنه أن ينقل اليه ملكية الشئ المبيع من المدين أو الحائز ، وبذلك يعتبر الراسى عليه المزاد فى البيع الجبرى خلفاً خاصاً انتقل اليه الحق من البائع بمقتضى التصرف بالبيـع شـأنه فى ذلك شأن المشترى فى البيع الاختيارى[2] .

خامسًا : ان حكم مرسى المزاد لا ينقل الى الراسى عليه إلا ذات الحق المقضى به فى دعوى البيع ، ولا يصلح أن يكون سنداً تنفيذياً إلا بالنسبة لما قضى به فيه ، ولا تتعدى حجيته من حيث موضوع الدعوى وهى نزع ملكية المدين جبراً ، ولا من حيث موضوع السند التنفيذى عند اجراء التنفيذ الى شئ لم ينصرف اليه قضاؤه[3] .

سادسًا : حكم مرسى المزاد الذى لم يفصل فى خصومة مطروحة لا

---

(١) نقض ١٩٨٢/١/٢٤ س٣٣ ص١٦٩ .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن ايقاع البيع للراسى عليه المزاد ما هو إلا بيع ينعقد فى مجلس القضاء وتحت اشرافه ، ينطق به القاضى بايقاعه جبراً عن المدين ، ويوجب القانون تسجيل الحكم الصادر بايقاع البيع لكى تنتقل الملكية إلى الراسى عليه المزاد ويترتب على حكم مرسى المزاد وتسجيله الآثار التى تترتب على عقد البيع الاختيارى وتسجيله فيكون الحكم المسجل سنداً بملكية من أوقع البيع عليه على أن هذا الحكم لا ينقل سوى ما كان للمدين من حقوق فى العقار المبيع اعمالاً للمادة ٤٤٧ من قانون المرافعات . (طعن رقم ٩٩١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٢/٦/٢٣) .

(٢) نقض ١٩٨١/١١/٢٨ س٣٢ ص ٥١٢٥ .

(٣) نقض ١٩٨١/١/٢٩ س٣٢ ص ١٩٣٩ .

يعد حكمًا بالمعنى المفهوم للأحكام ، ويعتبر بيعًا جبريًا تترتب عليه آثار البيع الاختيارى ، مؤدى ذلك :

– أنه لكل ذى مصلحة ومنهم المشترى بعقد غير مسجل رفع دعوى أصلية بطلب بطلانه أو عدم نفاذه لقيامه على الغش أو باجراءات صورية (٢) .

– صدور الحكم بايقاع البيع وتسجيله لا أثر له فى حماية المشترى من دعاوى الفسخ والالغاء والابطال (٣).

سابعًا : ان حكم إيقاع البيع ليس حكمًا بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة فى الخصومات ، وإنما هو محضر يحرره القاضى باستيفاء الاجراءات والبيانات التى تطلبها القانون . ولا يكفى أن يثبت الحكم أن الاجراءات قد استوفيت وفقاً للقانون ، بل يتعيّن عليه بيان الاجراءات التى اتبعت .

ويعتبر الحكم باطلاً إذا تبيّن وجود عيب فى اجراءات المزايدة أو كانت هذه الاجراءات قد تمت على خلاف ما نص عليه القانون(٣) لأن صحة الحكم المذكور تفترض صحة اجراءات المزايدة ، فإذا كانت باطلة بطل الحكم بالتبعية(٤) .

---

(١) نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ٢١٣٦ س٥٢ق .

(٢) نقض ١٩٨٦/١١/١٩ طعن ١٦٧٦ س٥٢ق .

(٣) Cass. Civ. 2, 3 oct. 2002, D. 2003, 1302, M. vielpeau.

(٤) نقض ١٩٨٠/١٢/٢٥ س٣١ ص ٢١٢٦ .

ويجدر الاشارة فى هذا الصدد إلى بيع المحل التجارى خاصة إذا تم بالمزاد وأحقية المالك فى الاسترداد ، ، ونكتفى فى هذا المقام بالمبادئ الرئيسية التى أوردتها محكمة النقض :

وحيث أن المشرع نظم العلاقة بين مؤجرى الأماكن المبنية ومستأجريها بمقتضى قوانين خاصة قيد فيها حق المستأجر فلم يجز له أن يتنازل عن عقد الايجار بغير إذن صريح من المالك ثابت بالكتابة أو ما يقوم مقامها واستثنى من ذلك عدة حالات بينها بيان حصر منها حالة بيع المحل التجارى – بما يتضمنه من تنازل عن الايجار – المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ من القانون المدنى وذلك رغبة من المشرع فى الابقاء على الرواج المالى والتجارى بتسهيل بيع المتجر عندما يضطر صاحبه إلى ذلك وتمكين مشتريه من الاستمرار فى استغلاله ، والمتجر فى معنى المادة ٥٩٤ سالفة البيان منقول معنوى يشمل جميع =

= عناصره من ثابت ومنقول ومن مقومات مادية كآلات المصنع والأثاث التجارى ومقومات معنوية كالعملاء والسمعة التجارية والحق فى الاجارة ، وبيع المتجر المحجوز عليه ينشئ للراسى عليه المزاد حقوق المشترى فى البيع الاختيارى ويلزمه واجباته باعتبار أن جوهر البيع هو نقل ملكية شئ أو حق مالى آخر مقابل ثمن نقدى ، غير أنه يتم فى البيع الاختيارى بتوافق إرادتين ويقع فى البيع الجبرى سلطة الدولة دون توافر رضاء البائع ، ومن شأنه أن ينقل ملكية المتجر للراسى عليه المزاد بمقوماته المادية والمعنوية بما فى ذلك حق الاجارة منذ تاريخ رسو المزاد عليه باعتباره خلفًا خاصًا للمستأجر المدين ، ولم يخرج المشرع عن هذه الغاية حين أصدر القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فأورد حكمًا مكملاً لنص المادة ٢/٥٩٤ من القانون المدنى أفصحت المذكرة الايضاحية وتقرير اللجنة المشتركة من لجنة الاسكان ومكتب لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب عن أن المقصود منه تحقيق التوازن فى العلاقات الايجارية وألا يستأثر المستأجر بثمن بيع المتجر دون المالك فنص فى المادة ٢٠ من القانون على أنه (يحق للمالك عند قيام المستأجر فى الحالات التى يجوز له فيها بيع المتجر أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكنى الحصول على ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال بعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين وعلى المستأجر قبل ابرام الاتفاق اعلان المالك على يد محضر بالثمن المعروض ويكون للمالك الحق فى الشراء إذا أبدى رغبته فى ذلك وأودع الثمن مخصوماً منه نسبة الـ ٥٠٪ المشار إليها خزانة المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار ايداعاً مشروطاً بالتنازل عن عقد الايجار خلال شهر من تاريخ الاعلان . وبانقضاء ذلك الأجل يجوز للمستأجر أن يبيع لغير المالك مع التزام المشترى بأن يؤدى للمالك نسبة الـ ٥٠٪ المشار إليها) . مما مفاده أن المشرع أعطى لمالك العقار بهذا النص فى حالة بيع المتجر الحق فى أن يطالب المشترى مباشرة بنسبة من الثمن مقدارها نصف قيمة حق الاجارة كما أعطاه أولوية فى استرداد المتجر المبيع إذا أبدى رغبته فى ذلك وأودع الثمن الذى تم به البيع مخصوماً منه النسبة سالفة الذكر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان المستأجر له على يد محضر بالثمن المعروض عليه من المشترى والذى ارتضاه المستأجر أو الثمن الذى رسا به المزاد فى حالة البيع جبراً عنه لتكون هذه المدة مهلة خالصة لمالك العقار رسم المشرع حدودها يتدبر فيها أمر الصفقة ويتخذ اجراءات الشراء مما لازمه أن يتم اجراء المزاد والاستقرار على سعر البيع قبل اعلان المالك بالثمن الذى رسا به المزاد فعلاً فلا يجرى الميعاد المسقط لحق المالك فى اختيار الشراء إلا من تاريخ اعلانه على يد محضر بالثمن الذى رسا به المزاد ولا يغنى عن الاعلان علم المالك بجلسة المزاد ، وينشأ حق المالك فى شراء المبيع من تاريخ رسو المزاد ودون توقف على اعلان المستأجر له إلا إذا تنازل مالك العقار عن حقه فى الشراء صراحة أو ضمناً بأن يتخذ موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة مقصوده . =

....

= لما كان ذلك وكانت الهيئة قد انتهت إلى هذا النظر بالأغلبية المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية فإنها تعدل عن الأحكام التى ارتأت غير ذلك فيما قررت من أن الاخطار بالمزاد يغنى عن الاعلان المبين بالمادة ٢٠ المشار إليها . وحيث أنه يتعين على الهيئة الفصل فى الطعن المحال إليها . (نقض مدنى – طعن رقم ١١٧ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧) .

ترك المشرع للأفراد حرية تقدير كل عنصر من عناصر المتجر المبيعة بما فى ذلك عنصر الاجارة ولم يقيد المشرع حق المالك فى المنازعة فى صورية الثمن أو صورية توزيعه على عناصر المتجر المبيع – لم يعرض المشرع على بائع المتجر قبول تقدير المالك عنصر الاجارة وإنما ترك الأمر لإرادة الخصوم لتخضع لسلطة محكمة الموضوع التقديرية باعتباره فى النهاية من مسائل الواقع .

ذلك أن الأسباب المتعلقة بالنظام العام هى الأسباب المبنية على مخالفة قاعدة قانونية قصد بها المشرع تحقيق مصلحة عامة بتنظيم وضع لا يجوز للأفراد الخروج عليه ترجيحاً للصالح العام على ما قد يكون لبعض الأفراد من مصالح خاصة مغايرة ويشترط لقبول سبب تثيره النيابة لأول مرة أمام محكمة النقض . فضلاً عن أن يكون متعلقاً بالنظام العام لا يخالطه واقع وأن يرد على الجزء المطعون فيه من الحكم . لما كان ذلك وكان المشرع وإن حدد النسبة المستحقة للمالك فى حالة بيع المتجر بأنها ٥٠٪ من قيمة حق الاجارة وسمح له بالاسترداد أن هو أودع الثمن مخصوماً منه هذه النسبة إلا أنه ترك للأفراد حرية تقدير كل عنصر من عناصر المتجر المبيعة بما فى ذلك قيمة عنصر الاجارة ولم يقيد المشرع حق المالك فى المنازعة فى صورية الثمن أو صورية توزيعه على عناصر المتجر المبيع ولم يفرض على بائع المتجر قبول تقدير المالك عنصر الاجارة وإنما ترك الأمر لإرادة الخصوم لتخضع لسلطة محكمة الموضوع التقديرية باعتباره فى النهاية من مسائل الواقع . لما كان ذلك وكان الطاعن المتنازع فى كفاية المبلغ المودع للوفاء بثمن المتجر بعد خصم المستحق للمالك فلا على الحكم المطعون فيه إن لم يعرض لذلك ولم يكن هذا الشق من الحكم محلاً للطعن منهما فإنه لا يقبل من النيابة إثارته بوجه النعى. (نقض مدنى – طعن رقم ١١٧ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧).

بطلان المزاد لاتمامه قبل اعلان مالك العقار بزمان ومكان انعقاده قبل اجرائه .

ذلك أنه لما كانت الهيئة قد انتهت على ما سلف بيانه إلى حتمية اتمام المزاد قبل اعلان مالك العقار بالثمن الذى تم به بيع المتجر ، وإلى أن حق مالك العقار فى الاسترداد ينشأ بمجرد تمام البيع دون توقف على اعلانه من قبل المستأجر ، وإن الاعلان إنما ينشئ حق المستأجر فى جريان الميعاد المسقط لحق المالك فى الاسترداد ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى القضاء للمطعون ضدهم بطلبهم الأصلى بصحة اجراءات شرائهم للمتجر موضوع النزاع تأسيساً على أنهم أبدوا رغبتهم فى الشراء وأودعوا الثمن الذى رسا =

= به المزاد مخصوماً منه النسبة التى قررها المشرع للمالك دون توقف على اعلان المستأجر لهم ، فإنه يكون قد انتهى إلى النتيجة التى تتفق وصحيح القانون ولا يبطله ما استطرد إليه تزيداً من تقريرات قانونية بشأن بطلان المزاد لاتمامه قبل اعلان مالك العقار بزمان ومكان انعقاده قبل اجرائه ، ومن ثم يكون النعى على غير أساس . (نقض مدنى طعن رقم ١١٧ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧) .

استلزم المشرع لإثبات علم المالك بالبيع والثمن المعروض أن يقوم المستأجر باعلانه على يد محضر - أى يشترط لجريان الميعاد المسقط لحق المالك فى اختيار الشراء اعلانه اعلاناً صحيحاً مطابقاً للقواعد الخاصة باعلان أوراق المحضرين وتسليمها - لا يغنى عن الاعلان ثبوت علم المالك بالبيع والثمن الذى رسا به المزاد بأى طريق آخر ما لم يثبت تنازله عن ذلك صراحة أو ضمناً .

حتمية اتمام المزاد قبل اعلان مالك العقار بالثمن الذى تم به بيع - المتجر - حق مالك العقار فى الاسترداد ينشأ بمجرد علم البيع دون توقف على اعلانه من قبل المستأجر - الاعلان ينشئ حق المستأجر فى جريان الميعاد المسقط لحق المالك فى الاسترداد .

لما كان المشرع قد استلزم لإثبات علم المالك بالبيع والثمن المعروض أن يقوم المستأجر باعلانه على يد محضر فإن لازم ذلك أن يكون الاعلان الصحيح المطابق للقواعد الخاصة باعلان أوراق المحضرين وتسليمها شرطاً لازماً لجريان الميعاد المسقط لحق المالك فى اختيار الشراء باعتبار أن هذا الميعاد مهلة خالصة رسم المشرع حدودها ليتدبر فيها المالك أمر الصفقة ويدبر المبلغ الذى يتعين عليه ايداعه خلالها ولا يغنى عن الاعلان ثبوت علم المالك بالبيع والثمن الذى رسا به المزاد بأى طريق آخر ما لم يثبت تنازله عن ذلك صراحة أو ضمناً، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه يكون على غير أساس . (نقض مدنى - طعن رقم ١١٧ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧) .

تحديد ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل على حدة ، مناطه . أن يكون الثمن مؤجلاً أو مقسطاً . علة ذلك . تمكين البائع من مباشرة امتيازه وليخصم مما يدفع من أقساط أولاً ثمن البضائع ثم المهمات ثم المقومات غير المادية . دفع الثمن فوراً لا يشترط معه بيان نصيب كل عنصر على حدة .

- وجوب اضافة المشترى للمحل التجارى بيانات على منتجاته تدل على انتقال الملكية إليه.

- العلامة التجارية جزء من المحل التجارى . بيع المحل الأصلى . شموله للعلامة التجارية ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك . م ١٩ ق ٥٧ لسنة ١٩٣٩ . (الطعن رقم ٨٠١ لسنة ٥١ق - جلسة ١٩٩٦/٢/١٢)

حق المالك فى الحالات التى يجوز فيها للمستأجر بيع الجدك أو التنازل عن الإيجار أن يتقاضى نسبة ٥٠٪ من ثمن المبيع أو مقابل التنازل مخصوماً منه قيمة ما بها من منقولات . م ٢٠ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . التزام المستأجر قبل الاتفاق بإعلان المؤجر بالثمن =

(ج) المزاد الإليكترونى :

ترتب على شيوع مواقع بيوع المزادات على الإنترنت إلى التساؤل عما إذا كان يعد تعدياً على حقوق القائمين أصلاً على هذا النشاط -commissaires priseurs حيث قصر عليهم المشرع حق ممارسته [1]. تم عرض الأمر على محكمة باريس فقضت بأنه رغم الطبيعة الخاصة للمزاد الإليكترونى من حيث كيفية ومكان ممارسته ، إلا أنه يعد مزاداً بالمعنى الدقيق لتوافر نفس الخصائص من حيث الإنتشار والعمومية ، ومن ثم تعد ممارسته تعدياً على القانون الفرنسى الذى يقصر ذلك على فئة مرخص لها بذلك[2].

تدخل المشرع الفرنس ليواكب التطور وأنهى الاحتكار السابق وأعاد تنظيم البيع بالمزاد ليواجه الصور الجديدة له عبر الانترنت أى تنظيم المزاد الإليكترونى Les enchéres électroniques[3] .

وقد عرف القانون المزاد بأنه : يتولى الشخص بوصفها وكيلاً عن المالك ، عرض المال فى مزاد عام عن بعد بالطريق الإليكترونى بقصد إرسائه على أفضل عرض مقدم من المتزايدين . ولا يعد كذلك نشاط السماسرة والوسطاء القائمين على إعداد المزاد ومباشرته ، إلا إذا تعلق الأمر بالأموال ذات القيمة الأدبية لارتباطها بتراث الأمة .

= المعروض . إغفاله ذلك .أثره . بطلان البيع أو التنازل وإخلاء المتنازل إليه . لا أثر لذلك على عقد الإيجار الأصلى . (الطعن رقم ٢٤٥٩ لسنة ٦٣ق – جلسة ١٩٩٧/٢/٢٠)

«بيع عقارات المفلس »

بيع وكيل الدائنين عقارات المفلس . شرطه . الحصول على إذن مأمور التفليسة بالبيع والالتزام بإجراءات البيع وفقاً للإجراءات المقررة فى قانون المرافعات .

(الطعن رقم ٣١٢٥ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٦/٥/٦).

(١) L. du 21 mai 1836, L. 13 juill 1992 , code des assurances.

(٢) TGI Paris 3 mai 2000, Lamy, Bull. d'actualité, n. 125, mai 2000, p.9.

(٣) L. du 10 juill 2000 qui a modilié la loi du 25 juin 1841.

ومن ثم يتعين على كل صاحب موقع يتولى عمليات الوساطة فى إبرام الصفقات بين الأطراف أن يبين بوضوح دائرة نشاطه وطبيعة الخدمة التى يتولى تقديمها للمتعاملين مع الشبكة من خلال تبادل العروض ، فإذا كان ينوى ممارسة نشاط البيع بالمزاد فلابد أن يتم ذلك تحت إسم شركة مرخصة ، ويتولى تقييم المنقولات من خلال تنظيم ومباشرة البيوع كوكيل عن الملاك . ويجب تقديم الضمانات الكافية للتنظيم ، والأساليب الفنية والمالية ، والأمانة والخبرة ، وأن يتوافر لديه الشخص المؤهل لإدارة عملية البيع .

وينبغى أن يسبق المزاد الإليكترونى الإعلام وإجراءات النشر التى تبين الشروط والأحكام ، وخاصة عما إذا كان هناك حد أدنى للثمن يتم التزايد عليه ، ووجود تأمين من عدمه ، ومسئولية القائم على المزاد فى مواجهة كل من البائع والمشترى عن الثمن والتسليم . وينصب الإعلان على تبصرة الطرفين بطبيعة الصفقة المزمع إبرامها والقواعد المطبقة عليها سواء تعلقت بالبيع عن بعد ، أو حماية المستهلك ، أو مشروعية المحل ، أو تحديد حقوق وإلتزامات ومسئولية الأطراف .

ولا شك أن العمل سيكشف ، عند ممارسة المزادات الإليكترونية فى ظل هذا القانون ، عن ظهور العديد من النظم والشروط العامة للتدخل والشروط المحددة أو المعفية من المسئولية . هنا ينبعى التذكرة بأن تقديم الخدمة لا يمكن أن يعفى مقدمها من المسئولية عما قد ينجم عنها من ضرر . مثال ذلك شروط استبعاد المسئولية فيما يتعلق بإستغلال موقع الوساطة أو السمسرة فى المزاد ، أو تشغيل برنامج الحاسب الآلى ، أو دقة المعلومات أو المضمون الخاص به ، أو كل ضرر ينجم ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، عن استخدام الموقع أو الخدمة المقدمة عليه ، إن مثل هذه الشروط تعيد إلى الذهن تلك التى كان يجرى العمل على إدراجها ، فى الزمن القريب ، فى بعض عقود الدخول إلى الانترنت .

وينبغى التذكرة بأن مسئولية الوسيط فى المزاد الإليكترونى ، تخضع ، فى جميع الأحوال ، للسلطة التقديرية للمحكمة على ضوء ظروف كل حالة على حدة .

إن التزاوج بين مفهوم المزاد وتكنولوچيا الإنترنت فتح مجالاً جديداً للفكر القانونى ، تم تحديد جانب منه بواسطة المشرع ، ويقتضى الحذر والتبصر من قبل القائمين على تلك العملية ، ويقع الجانب الأكبر على القضاء عندما يعرض عليه الأمر (١) .

المطلب السادس
البيع لأجل أو البيع بالتقسيط

لعل الصورة الغالبة والتى تتبادر إلى الذهن عند الحديث عن البيع الائتمانى تتمثل فى البيع لأجل أو البيع بالتقسيط حيث يتم الاتفاق على امهال المشترى فى دفع الثمن لأجل معين أو على هيئة أقساط فى آجال محددة . فالبيع يمكن أن يكون مؤجل الثمن حيث يتم الاتفاق على سداده دفعة واحدة عند حلول الأجل ، ويشيع ذلك بين التجار ، فالمصنع يبيع منتجاته لتاجر الجملة بالأجل ويقوم هذا الأخير بتوزيع تلك البضاعة على تجار التجزئة بالأجل على أن يسدد البائع بالتجزئة إلى بائع الجملة الثمن بعد بيع السلعة إلى المستهلكين . ويقوم تاجر الجملة بدوره بالوفاء بالثمن إلى المصنع . أما البيع بالتقسيط فيتم توزيع الثمن فيه على دفعات دورية سنوية أو شهرية مثلاً، وينتشر بين التجار والمستهلكين فى مجال السلع المعمرة ، كالأدوات الكهربائية والأثاث والسيارات والمعدات والأجهزة .

ونظراً لشيوع وأهمية البيع بالتقسيط على الصعيدين الاقتصادية والقانونى تحرص معظم الدول على تنظيمه بتشريعات خاصة . نظم قانون التجارة المصرى البيع بالتقسيط (٢) . يواجه القانون المذكور البيوع التجارية أى تلك

---

(١) olivier, la prise en compte des encherès électroniques par la loi... J.C.P. éd. G. 2000, P. 2052.

(٢) المواد ١٠٥ : ١٠٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ . وذلك بعد أن كان منظمًا بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ .

التى تتم تعبيراً عن ممارسة نشاط تجارى من قبل مؤسسات متخصصة أو أفراد من التجار ، ومن ثم لا يدخل ذلك البيع بالتقسيط الذى قد يتم عرضًا بين الأفراد العاديين . ويقتصر التنظيم على البيع الوارد على المنقولات المادية دون العقار والمنقولات المعنوية .

وقد تضمن القانون بعض الأحكام الخاصة لحماية المستهلك من جهة وضمان حق البائع من جهة أخرى :

- إذا لم يدفع المشترى أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من الثمن .

- وفى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد استنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع بالاضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى . ويقع باطلاً كل اتفاق على تحميل المشترى التزامات أشد من ذلك .

- الاتفاق على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى ميعاد استحقاقه لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشترى عن دفع قسطين متتاليين على الأقل .

- لا يجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشترى بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً فى حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت اجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله .

وللبائع عند تصرف المشترى فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها بغير إذن منه أن يطالب المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً .

- يعاقب المشترى عند مخالفة الحكم السابق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لاتجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين[١].

---

(١) ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكرر ، (أ) من قانون الاجراءات الجنائية .

وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً.

شرط الاحتفاظ بالملكية [1] :

يقترن البيع بالتقسيط ، غالباً ، بشرط الاحتفاظ بالملكية ، حيث يحتفظ بالملكية ضماناً لاستيفاء كامل الثمن المؤجل . تقضى القواعد العامة بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد ابرام العقد . ينشىء البيع التزامًا على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشترى ، وينفذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبقوة القانون إذا كان البيع وارداً على منقول معين بالذات ، ويعلق تنفيذ هذا الالتزام على الافراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار . ويتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية بصرف النظر عن تنفيذ المشترى التزامه بدفع الثمن ، فتخلف المشترى عن الوفاء بالثمن الواجب الأداء فوراً لا يمنع انتقال ملكية المبيع ولو لم يتم تسليمه ، حقًا أن البائع يمكنه حبس المبيع والامتناع عن تسليمه إلى حين استيفاء كامل الثمن ، إلا أن ملكية المبيع المحبوس تكون للمشترى .

ونظراً لأن القواعد السابقة المتعلقة بنقل ملكية المبيع لا تتعلق بالنظام العام يجوز للمتبايعين الاتفاق على ارجاء نقل الملكية إلى أجل محدد . ينطوى هذا الاتفاق ، غالبًا ، على ابقاء الملكية للبائع وعدم انتقالها للمشترى إلا بعد سداده لكامل الثمن . يلعب شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى هذا الفرض ، ائتمانيًا بالنسبة لكلا الطرفين ، فالبائع يأتمن المشترى على الثمن ، ويأتمن المشترى البائع على الملكية .

يختلف البيع من شرط الاحتفاظ بالملكية عن مجرد البيع بالأجل الذى يقتصر على اضافة الالتزام بدفع الثمن إلى أجل معين ، حيث يقوم هذا البيع على ثقة البائع فى المشترى لأن نقل الملكية يتم بداية استقلالاً عن الوفاء

---

(١) انظر مؤلفنا فى شرط الاحتفاظ بالملكية ، الاسكندرية ٢٠٠٣ .

بالثمن . أما البيع الأول فلا يتضمن هذه الثقة حيث يربط البائع نقل الملكية بالوفاء بالثمن . ومن ثم يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فى وقت لاحق على ابرام البيع هو وقت سداد كامل الثمن .

ولا يقتصر دور شرط الاحتفاظ بالملكية على الدور التأمينى السابق بل يمكن أن يتضمنه العقد لأسباب عديدة ومتنوعة ، كمن يبيع محلاً تجارياً مع الاحتفاظ بملكيته لمدة معينة حتى يضمن عدم تصرف المشترى فى المحل لشخص أجنبى تخشى منافسته . والهبة المستترة فى صور بيع حيث يحتفظ الواهب بملكيته للعين للعين لمدة يخشى فيها سوء تصرف الموهوب له فيها . ومن يبيع شيئًا مقابل التزام المشترى بأداء أعمال وخدمات معينة ويحتفظ بملكية المبيع الوقت اللازم لانجاز هذه الأعمال . والبيع الذى يشترط فيه البائع إيراداً مرتباً مدى الحياة ويحتفظ فيه بملكية الأرض المبيعة حتى يضمن بذلك أن يوفر له المشترى أسباب المعيشة .

وإذا كان الغالب فى العمل أن شرط الاحتفاظ بالملكية يرد فى عقد البيع ،فليس هناك ما يمنع من ورود الشرط المذكور فى أى اتفاق آخر ناقل للملكية . مثال ذلك الشريك الذى يحتفظ بملكية الحصة المقدمة فى الشركة لفترة يضمن فيها جدية باقى الشركاء فى الوفاء بالتزاماتهم .

المطلب السابع

بيع أملاك الدولة الخاصة والأراضي الصحراوية

(أ) صاحب الصفة فى البيع :

بيع أملاك الدولة الخاصة . معقود للمحافظين وحدهم كل فى نطاق المحافظة التى يمثلها . ق ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بشأن نظام الحكم المحلى[1] .

---

(١) الطعن رقم ١٨٩١ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٧/٣/٥ .

(ب) تقدير الثمن :

تقرير المشرع بيع الأرض المملوكة للدولة ملكية خاصة لأصحاب المبانى المشيدة عليها بالثمن الذى تساويه الأرض وقت البيع . المادة الأولى من القرار الجمهورى رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ . ليس مقتضاه جعل تحديد الإدارة لثمن المبيع تحديداً مطلقًا متروكاً لمحض تقديرها لقاضى الموضوع عند المنازعة فيه رد التقدير إلى السعر المناسب وقت البيع . لا رقابة عليه من محكمة النقض فى ذلك طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة لها سندها فى الأوراق[١].

(جـ) انعقاد البيع :

بيع أملاك الدولة الخاصة بطريق الممارسة لواضعى اليد عليها معقود للمحافظين كل فى دائرة اختصاصه . اعلان الحكومة عن رغبتها فى البيع واجراءاتها لهذا الغرض . لا يعتبر ايجاباً من جانبها . الايجاب بتقدم راغب الشراء بالشراء على أساس سعر معين. قبول الجهة البائعة استلام المبلغ الذى يدفعه راغب الشراء على أنه الثمن أو جزء منه . لا يعد قبولاً منها للتعاقد إلا بقبولها البيع والتصديق عليه ممن يملكه[٢] .

اعلان المطعون ضده الثانى عن رغبته فى بيع أملاك الدولة الخاصة لواضعى اليد عليها . تقدم الطاعن للشراء وموافقة المطعون ضده الأول – المحافظ – على طلبه وعلى تقرير اللجنة المشكلة بتقدير سعر الأرض وإخطار الطاعن بذلك وتكليفه بسداد الثمن المحدد إذا ما رغب فى الشراء . مؤداه . انعقاد البيع صحيحاً مستوفيًا لأركانه وفقًا للشروط المعلن عنها . عدم اعتداد الحكم المطعون فيه بموافقة المطعون ضده الأول على البيع . خطأ [٣].

(د) بيع الأراضى الصحراوية :

– المتصرف إليه فى الأراضى الصحراوية من الهيئة العامة لمشروعات

---

(١) الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٦ق – جلسة ١٩٩٤/٣/١٧ .

(٢) الطعن رقم ٢٢٥٦ س ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٥/٨ .

(٣) الطعن رقم ١٨٩١ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٧/٣/٥ .

التعمير . له بعد استصلاحها واستزراعها التصرف فيها . م ١٦ ق ١٣٤ لسنة ١٩٨١ . العلاقة بين المتصرف إليه وبين مشترى تلك الأراضى منه يحكمها عقد البيع المبرم بينهما . عدم خضوعها للشروط والأوضاع التى يضعها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها العقود التى تبرمها مع المتصرف إليه منها .

– إدارة الأراضى الصحراوية والتصرف فيها لأغراض الاستصلاح والاستزراع منوط بالهيئة العامة لمشروعات التعمير . التزام المتصرف إليه فى هذه الأراضى من الهيئة المذكورة – سواء بالبيع أو الايجار – باستصلاحها واستزراعها طبقاً للشروط والأوضاع التى يضعها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة فى هذا الشأن . حظر استخدام تلك الأراضى فى غير الغرض المخصصة من أجله أو التصرف فيها أو تقرير حق عينى عليها إلا بعد استصلاحها واستزراعها . مخالفة ذلك . أثره . بطلان التصرف بطلاناً متعلقاً بالنظام العام . م ٢ ، ١٣ و ١٦ و ١٧ ق ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية(١) .

(هـ) بيع رئيس الجامعة الأموال المملوكة لها :

تصرف رئيس الجامعة فى الأموال المملوكة لها . شرطه . صدور ترخيص مسبق له من مجلس الجامعة فى اجراء التصرف . الفقرة ٢٤ من المادة ٢٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات(٢) .

(و) بيع الأراضى المملوكة للاصلاح الزراعى :

التصديق على عقود بيع الأراضى المملوكة للاصلاح الزراعى ق ٣ لسنة ١٩٨٦ . معقود لمجلس إدارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى . اعلان الهيئة أو من يمثلها عن رغبتها فى البيع والاجراءات التى تقوم بها لهذا الغرض لا يعتبر ايجاباً منها . الايجاب فى هذه الحالة من راغب الشراء بتقدمه للشراء على أساس سعر معين (٣).

---

(١) الطعن رقم ١٣٥٢ س ٦٠ق جلسة ١٩٩٦/٣/٣١ .

(٢) الطعن رقم ٣٢٦٦ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٦/٣/٢١ .

(٣)الطعن رقم٢٢٥٦ لسنة ٦٥ق – جلسة ١٩٩٦/٥/٨ .

(ى) بيع حق الانتفاع :

العقود التى تبرمها الإدارة مع الأفراد . اعتبارها عقوداً إدارية . مناطه . تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة . أثره . انعقاد الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة به لجهة القضاء الإدارى . المادة ١/١٠ قانون مجلس الدولة ٤٧ لسنة ١٩٧٢ . رفض الحكم المطعون فيه الدفع بعدم اختصاص المحاكم العادية ولائيًا بنظر الدعوى . خطأ فى تطبيق القانون . (مثال بشأن بيع حق الانتفاع بمحل السوق التجارى بالعتبة) [١] .

- البيع الصادر من بنك ناصر لعناصر التركة :

ضم الإدارة العامة لبيت المال للهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعى . اختصاص تلك الإدارة بحصر التركات الشاغرة وجردها وتخويل مجلس إدارة البنك وحده سلطة بيع عناصر التركة . اقيام مجلس الإدارة بتحديد شروط البيع وتفويض رئيسه اجرائه . أثره . التزام رئيس المجلس بإتمام البيع وفقاً لتلك الشروط . مخالفته ذلك . أثره . عدم نفاذ التصرف الصادر منه ولا يتم البيع به. المواد ٤ ، ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ ق ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة ولائحته التنفيذية . م ١ من قرار رئيس الجمهورية ٢٩٣٧ لسنة ١٩٧١ ، ١/٧ ق ٦١ لسنة ١٩٦٣ بشأن الهيئات العامة [٢].

المطلب الثامن
البيوع الدولية والإليكترونية

(أ) التطور العالمى والتقنى :

إن التفاعل الأبدى بين القانون والواقع يعكس تطور كافة العوامل الاقتصادية والاجتماعية والعلمية . إن نجاح النظام القانونى رهين بمدى

---

(١) الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٤/٥/٢٩ ..

(٢) الطعن رقم ٢٥٢٣ س ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/١١/١ .

استجابته لأصداء ذلك التطور ، سواءمن خلال مواجهة مستجداته ، أو عبر تطويع مفاهيم المبادئ والأفكار القائمة والمرونة فى تطبيقها .

إن التقدم العلمى والتكنولوجى الهائل الذى تشهده البشرية فى العصر الحديث يلقى بظلاله ونتائجه على كافة جوانب الحياة ، والعلاقات بين الأفراد والدول ، وبدت ملامح تأثيره البالغ على المراكز القانونية والحقوق والحريات ، وأسس وأبعاد المسئولية الجنائية والمدنية .

يبدو ذلك بوضوح بصدد ثورة الاتصالات والفضائيات والحاسبات الآلية والمعلوماتية عبر شبكة الانترنت ، والانعكاسات الهائلة لها على سرعة وسهولة التواصل ، وميلاد وإزدهار المعاملات والتجارة الإليكترونية ، حيث أصبح العالم بمثابة بلدة واحدة ، اهتزت حجب الحواجز التقليدية بين أقطاره ، وارتبط أبناءه بشبكة يسبح فيها الجميع بحرية .

إن التقدم العلمى والتكنولوجى فى العصر الحديث يفتح آفاقًا ضخمة أمام تقدم البشرية وتحقيق مستوى أفضل من الحياة ، إلا أنه يحمل ، فى نفس الوقت ، بين طياته مخاطر ضخمة تهدد قيم وحقوق وأمن الأفراد والجماعة .

بدت الحاجة ماسة لمواجهة تلك المخاطر والتغيرات . ولعل أول التطلعات ، فى هذا المجال ، كانت نحو القانون الذى يعد من أقدس مهامه وضه الصيغ الملائمة للاستفادة من التقدم العلمى ، دون المساس بالقيم والحقوق والحريات الأساسية للأفراد . ومن هنا كانت أهمية وجود الضوابط القانونية التى يعمل فى إطارها التطور التكنولوجى . وبدون هذه الضوابط يصبح التقدم العلمى طامة كبرى على المجتمع وحقوق وأمن المواطنين .

يحكم القانون سلوك الأفراد فى المجتمع من خلال تنظيم الروابط والعلاقات فيما بينهم ، وبيان حقوقهم وواجباتهم المتبادلة من جهة ، وفى مواجهة الجماعة التى يعيشون فيهامن جهة أخرى . فالحق وما يقابله من التزام وما يترتب على الإخلال به من مسئولية هومناط النظام القانونى .

وأمام الطابع العالمى للمعاملات والمخاطر الإليكترونية ، باتت التشريعات

الوطنية بمفردها عاجزة عن التصدى لها بحلول منعزلة ، حيث يطفو تنازع الاختصاص التشريع والقضائى ، ومحاولة التعرف على القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص ، لذا ظهرت الحاجة إلى ميلاد قواعد قانونية ذات طابع دولى، ذلك أن دولية العلاقة القانونية تقتضى دولية القواعد القانونية التى تحكمها ، ولا يتأتى ذلك إلا بوجود اتفاقية دولية لإقامة نظام قانونى تلتزم به الدول المتعاقدة عند وضع تشريعاتها الوطنية ، حتى لا تختلف فى أسسها وحلولها بحيث يصعب التقريب بينها [(١)].

(ب) مفهوم البيوع الدولية والإليكترونية :

إن المقصود بالبيع الإليكترونى contrat électronique هو ذلك الذى يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت ، فهو عقد عادى ، إلا أنه يكتسب الطابع الإليكترونى من الطريقة التى ينعقد بها أو الوسيلة التى يتم إبرامه من خلالها . ينشأ العقد من تلاقى القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد [(٢)].

إن السمة الخاصة لذلك العقد تكمن فى عملية الترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الإتصال وتكنولوچيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد ، لا سيما شبكة المعلومات الدولية الإنترنت ، دون حاجة لإنتقال الأطراف والتقائهم فى مكان معين يتم تبادل عروض السلع والخدمات عبر الشبكة من جانب أشخاص متواجدين فى دولة أو دول مختلفة وذلك بالتفاعل بينهم interactivité من أجل إشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد .

يعتبر البيع دوليًا إذا اشتمل على عنصر أجنبى ، يتعلق بخطوات إبرامه أو تنفيذه أو موطن المتعاقدين أو جنسيتهم ، فهو عقد يتصل بمصالح

---

(١) أنظر تفصيل ذلك مؤلفنا فى المسئولية الإليكرونية، ٢٠٠٦ .

(٢) Poitier, Le commerce éléctronique sur internet, G.P. 1996, P. 298.

وحاجات التجارة الدولية ، ويتعدى بتبعاته وآثاره نطاق الاقتصاد الوطنى أو الداخلى ، حيث يستتبع حركة البضائع والخدمات ورءوس الأموال عبر حدود الدول أى تصدير واستيراد القيم الاقتصادية .

ان العقد الدولى لا يخضع ، كقاعدة عامة ، للقانون الوطنى أو الداخلى، بل يخضع ، أحياناً ، لقانون دولة معينة تحدده إرادة الأطراف أو يستخلصه القاضى من ظروف الدعوى . ويجرب العمل فى العصر الحديث نحو تطبيق قواعد وحلول موضوعية تم التوافق عليها فى عالم التجارة ورجال الأعمال فى صورة شروط عامة أو عقود نموذجية تشتمل على أحكام تفصيلية تبين حقوق والتزامات الأطراف .

ويجرب اتفاق الأطراف غالباً فى مثل هذه العقود على خضوع المنازعات الناشئة عنها للتحكيم بعيداً عن القضاء الوطنى ، ويتولى المحكمون تطبيق قواعد التجارة الدولية المتفق أو المتعارف عليها [1].

(جـ) خصائص البيع الإليكترونى :

يتضح من التعريف السابق أن العقد الإليكترونى يتسم بعدة سمات تتمثل فى :

١ - إن خصوصية العقد تتمثل فى الطريقة أو الوسيلة التى يتم من خلالها إبرامه ، إلا أنه من حيث الموضوع والأطراف لا يختلف عن سائر العقود ، حيث يمكن أن يرد على كافة الأشياء والخدمات التى يجوز التعامل فيها ، أما عن أطرافه فهم أنفسهم فى أى عقد آخر ، فهم بائعون أو مقدمو خدمات ومشترون أو مستهلكون أو أصحاب أعمال ، كما يتم إبرام العقد بين الأفراد أو الأشخاص المعنوية العامة والخاصة من شركات وهيئات ومشروعات .

وتشهد العقود الإليكترونية نمواً متصاعداً حيث باتت تشكل نسبة كبيرة

---

(١) Jacquet, Droit du commerce international, Dalloz, 2002, P. 45.

من حجم التجارة الدولية والداخلية ، وذلك بسبب سهولةوسرعة إبرامها وتنفيذها ، حيث يمكن للشخص الوصول إلى ما يرغب فيه من خلال العروض المتسعة الخيار ، بالضغط على لوحة المفاتيح الموجودة بجهازه الخاص المتصل بالإنترنت دون حاجة إلى الانتقال . هذا بالإضافة إلى سهولة الإتصال والتفاعل الدائم بين طرفى العقد مما يكفل لهما التفاوض ومناقشة بنود العقد بحرية تامة ، كما هو الحال ، تقريباً ، فى التعاقد الذى يتم فى مجلس العقد الحقيقى بين الحاضرين (١) .

٢- يتسم العقد ، غالباً ، بالطابع التجارى ، لذا يطلق عليه عقد التجارة الإليكترونية commerce électronique ، ويقصد بها « تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية فى السلع والخدمات ، التى تتم بين مشروع تجارى وآخر أو بين تاجر ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات »(٢) فهى تتمثل فى ممارسة الأعمال التجارية بوسيلة إليكترونية على سبيل الاعتياد ، أو الاستعمال الأمثل لكافة أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجارى للمشروعات(٣) .

والواقع أن تلك الصفة جاءت من السمة الغالبة لذلك العقد ، حيث يستأثر البيع التجارى بالجانب الأكبر من مجمل العقود التى تبرم عبر

---

(١) J.F. Casee, Nature et regime juridique de la communication provenant d'une web com. sir internet. Ecpertise. Jan 2000, P. 417.

(٢) Gatsi, La protection des Consommateurs en matière de contrats à distance, Dalloz Affaires n. 42/1997.

(٣) وهناك مفهوم أوسع للتجارة الإليكترونية يشمل كل المبادلات التجارية التى تعتمد على تبادل المعلومات عبر شبكة إتصال لاسلكية مثل الإنترنت وتلك الممتدة بين أكثر من كومبيوتر أو الفاكس وغيره ، وتضم جميع الأنشطة الثقافية والصناعية والتجارية بين المشروعات والشركات وغيرها من الجهات العامة والأفراد .

Le contrat international relatif aux programes informatiques, thèse Montpellier, 2000.

الإنترنت، إلا انه يمكن أن يتم بين الأفراد العاديين ، ويمكن أن يرد على الخدمات والمنافع . ولكن غالباً ما يكون مقدم السلعة أو الخدمة ، على الأقل تاجراً ، أى يتمتع بالصفة التجارية .

٣- يترتب على الخاصية السابقة إعتبار البيع الإليكترونى من قبيل عقود الاستهلاك Contrats de Consommation وهى عقود عادية تتمثل فى توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات ، إلا أن مقدم السلعة أو الخدمة يكون منتجًا أو مهنيًا ، والمتلقى هو المستهلك أى الفرد العادى الذى يبغى إشباع حاجة شخصية أو عائلية ، منقطعة الصلة بنشاطه التجارى والمهنى . لذلك ليست هناك طائفة معينة من الأشخاص يمكن تسميتهم بمستهلكين ، لأن كل أفراد المجتمع مستهلكون ، ولو بدرجات متفاوتة ، حتى من كان منهم يمارس نشاطاً إنتاجيًا أو مهنيًا . وليست هناك فئة محددة ومسماه لتلك العقود، حيث تنطبق تلك الصفة ، فى الحقيقة ، على العقود التقليدية فى مسمياتها من بيع وإيجار ومقاولة .

تثبت الصفة للعقد إذن من كون أحد طرفيه مستهلكاً ، لذا كانت الرغبة فى حمايته كطرف ضعيف ، من خلال التدخل التشريعى والاتجاه القضائى المعاصر ، فى مواجهة ضغط وإستغلال المنتجين له ، وتنوع السلع والخدمات وصورها المعقدة ، واستخدام أساليب الترويج والدعاية المغالى فيها ، وطرق الإبهار والإغراء المقدمة عبر وسائل الإعلام والإتصال الحديثة كالتلفاز وشبكة الإنترنت وغيرها .

إلا أنه ينبغى التذكرة بأن كل العقود الإليكترونية لا تتسم بالصفة التجارية وتأخذ طابع الإستهلاك ، حيث يمكن إبرام العقد بين الأفراد العاديين أى المستهلكين من جهة ، ويمكن إبرام العقد بين التجار أو بين المهنيين من جهة أخرى ، ومن ثم فإن العقد لا يكون من عقود الاستهلاك فى الحالتين ، إلا انه يمكن أن يكون تجارياً فى الحالة الثانية ولا شك فى أهمية تكييف العقد ، كما سنرى ، كخطوة أولية لتطبيق الأحكام الخاصة به.

٤- إن العقد الإليكتروني يمكن أن يتم بين أطراف من نفس الدولة ، ومن ثم يأخذ حكم العقد الداخلي ، إلا أنه يتسم ، في الغالب ، بالطابع الدولي ، حيث تتم أغلب المعاملات عبر شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت» ، بين أشخاص يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة ، ويكون أطرافها مستخدم internet user internaute مقيم في دولة ، ومورد أو مقدم خدمات الاشتراك في الشبكة internet service provider- Le Fournisseur d'accès serveur من دولة ثانية ، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة من دولة ثالثة . إن تلك العقود لا تتصل فقط بأكثر من دولة ، بل يستتبعها إنتقال القيم الاقتصادية والثروات عبر الحدود فيما بين الدول أي تتصل بمصالح التجارة الدولية .

ولا شك أن الطابع الدولي للعقد يثير التساؤلات حول القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بصدد المنازعات الناشئة عنه ، أي ما يسمى بتنازع الاختصاص والقوانين .

وتزداد أهمية تلك المسألة أمام الطابع الدولي والعالمي لشبكة الانترنت حيث تضع أكثر من مائتي دولة في حلقة إتصال مستمرة ، وتنتشر البيانات والمعلومات عبر الشبكة في ثوان معدودة ، في كل الدول المرتبطة بها ، على نحو يمكن لأي مستخدم في تلك الدول الاستفادة منها ، ويترتب على ذلك ميلاد ظاهرة العولمة la mondialisation سواء في الاقتصاد والمعاملات أو في وسائل الاتصال والمعلومات ، حيث تظهر سوق واسعة أمام مئات الملايين من التجار والمستهلكين تيسر لهم سبل الترويج والحصول على السلع والخدمات دون مشقة الإنتقال .

٥- يتم إبرام العقد الإليكتروني عن بعد ، بدون التواجد أو الالتقاء المادي للأطراف ، من خلال مجلس العقد ، لحظة تبادل التراضي . يصدر الإيجاب ويقترن به القبول بطريق سمعي بصري audiovisuel عبر شبكة الانترنت بالتفاعل بين أطراف يضمهم مجلسٍ واحد حكمي إفتراضي . ومن ثم فهو عقد فوري متعاصر ، رغم تمامه عن بعد ، ومن ثم فهو يندرج ضمن

العقود التى تتم بين حاضرين فى الزمن ، وغائبين فى المكان . والعبرة فى تحديد مكان انعقاد العقد هى بالمكان الذى علم فيه الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك [(١)]. أى أن العقد الإليكترونى ينعقد بتحقق القبول الذى يثبته المتعاقد على صفحة موقع الموجب بشبكة الإنترنت[(٢)] .

وإذا كان إبرام العقد الإليكترونى يتم عن بعد ، فإن تنفيذه يمكن أن يتم بنفس الطريقة أى دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم فى مكان معين ، حيث يقوم الأطراف عبر حدود تلك الدول ، رغم تواجدهم أحياناً فى دول مختلفة ، بتنفيذ التزاماتهم المتبادلة إليكترونيًا ، كما فى عقود الخدمات المصرفية والتعليمية والاستشارات القانونية والمحاسبية والطبية وغيرها . وقد يتم التنفيذ بشكل مادى ملموس ، كما فى حالة تسليم السلعة . وبعبارة أخرى فإن بعض العقود الإليكترونية تنعقد وتنفذ على الشبكة نفسها ، أى أن العقد يتم بكامله على الخط أو على الشبكة ، خاصة إذا تم الوفاء أيضاً من خلالها، ويحدث ذلك عندما يكون محله غير مادى ومتاح على الخط أو الشبكة ، مثل الحصول على معلومات أو برامج معينة . وهناك من العقود ما يتم تنفيذه خارج الشبكة فى العالم المادى أو الملموس عندما يكون محلها سلع معينة ، أو مواد يتعين تسليمها فى بيئة مادية هنا لا تكون الشبكة سوى وسيلة حديثة للتعاقد .

ويشترك العقد الإليكترونى فى صفة الإبرام عن بُعد مع بعض العقود ، مثل التعاقد أو البيع بالتليفزيون Le télé-achat أو التليفون أو بالمراسلة ، كإرسال كتالوج أو عبر الخدمة المسماة Minitel . لعل تلك الصفة هى التى استوجبت توفير نوع من الحماية الخاصة للمستهلك فى هذه العقود ، حيث

---

(١) م ٩٧ مدنى مصرى . أنظر اتفاقية فيينا فى ١٩٨٠/٤/١١ الخاصة بالبيع الدولى للبضائع التى تقرر انعقاد العقد بتسلم الموجب للقبول .

(٢) Bieul, Le télé-achat et le droit des contrats , thèse Paris 1996, P. 59.

لا يوجد حضور مادى متعاصر للمتعاقدين يسمح لهما بضمان بعض المسائل القانونية مثل الأهلية والصفة والحكم الدقيق على المنتج أو الخدمة محل التعاقد ، هذا بالإضافة إلى الغموض الذى يحيط عملية التنفيذ والإثبات .

ولكن العقد الإليكترونى يتميز عن العقود التى تتم عن بُعد بتلاقى الأطراف بصورة مسموعة مرئية عبر الشبكة ويسمح ذلك بالتفاعل بينهم والحضور الإفتراضى المتعاصر ، ولا يكون هناك فارق زمنى بين الإيجاب والقبول ، ويمكن أن يتم الوفاء بالإلتزامات بصورة فورية متزامنة .

٦- تبدو خصوصية العقود الإليكترونية فيما يتعلق بالإثبات وطريقة الوفاء، فمن حيث الإثبات تعد الكتابة العادية هى الأساس ، أى أن الدعامة الورقية هى التى تجسد الوجود المادى للعقد العادى ، سواء تمثلت فى المحرر اليدوى أو فى الوسائل الحديثة كالفاكس والتلكس وغيره . ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات ، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوى . أما العقد الإليكترونى فيتم إثباته عبر الوثائق الإليكترونية والتوقيع الإليكترونى بفضل التزاوج الذى حدث بين المعلوماتية ووسائل الإتصال اللاسلكية .

ومن حيث الوفاء فقد حلت النقود الإليكرونية محل النقود العادية من خلال بطاقات الدفع والإئتمان .

نخلص مما سبق إلى أن السمات والخصائص التى تميز العقد الإليكترونى تؤدى إلى قيام نظامه القانونى على دعامتين أساسيتين : الأولى تتمثل فى القواعد العامة المستمدة من النظرية العامة فى الالتزامات وتلك الواردة بصدد العقود المسماة ، والثانية تتمثل فى الأحكام الخاصة بذلك العقد التى تتوائم مع طبيعته وتنبع من نصوصه وتتفق مع ظروف ابرامه وتنفيذه .

المبحث الرابع
أهمية صياغة وتكييف المعاملات

لا شك فى أهمية صياغة العقود بصفة عامة . تثور مشكلة الصياغة بالنسبة للعقود الحديثة المركبة ، وبصفة خاصة فى مجال المعلومات والإليكترونيات . سواء فيما يتعلق بإبرامها عن بعد ، أو بطبيعتها الفنية ، أو بأحكامها المستجدة خاصة على صعيدى الوفاء والإثبات ، أو فيما يسود بشأنها من نماذج يجرى العمل على تبنيها . ولعل الطابع الجديد والمتطور لتلك العقود يثير التساؤل حول تحديد طبيعتها القانونية ، وأهمية معرفة التكييف الصحيح لها ، توصلاً لإعمال حكم القانون عليها ، وإبراز الملامح العامة للمسئولية العقدية بشأنها .

(أ) القواعد العامة فى الصياغة :

تقتضى الصياغة الجيدة للعقد القدرة على تجسيد رغبات الأطراف فى أسلوب صحيح وواضح وكامل ، أى وضع موضوع التعاقد فى قوالب تضمن التواصل بين المتعاقدين بطريقة واضحة وتضمن تنفيذه دون خلافات أو منازعات . ولا شك أن للمعنى المراد دور هام فى اختيار شكل صياغته وضوابطه . ينبغى تشخيص المشاكل القانونية المرتبطة بالموضوع والتفكير فى أنسب الحلول لها وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها .

والقاعدة هى إختيار الألفاظ المناسبة للتعبير بدقة عن المعنى المراد بحيث لا يثير الشكوك . ومن الأفضل أن يتسم اللفظ بالإحكام والانضباط ،إلا أن هذا لا يمنع من إستخدام التعبيرات المرنة إذا كانت تخدم الغرض من الصياغة . ويتعين تبنى اللفظ الذى يستقيم مع رغبات المتعاقد والذى يؤدى المعنى المتعارف عليه والمفهوم فى الوسط الذى يجرى فيه التعاقد ، على نحو يضمن وصول المعنى إلى القارئ بنفس المضمون المراد حين إعداد الصياغة .

ويجب أن تكون الكلمات المستخدمة معبرة عن المعنى المراد وتتصرف إليه

دون لبس أو غموض ، وتحيط بهذا المعنى فى كل أجزائه ، على نحو لا تظهر معه الحاجة إلى البحث خارج وثيقة العقد عن حلول للنزاع المحتمل بين المتعاقدين . إن حسن تنفيذ العقد يقتضى التأكد من أن صياغة بنوده خالية من اللبس ، وأن العلاقة بين مختلف أجزاءه ومستنداته لا تثير النزاع .

إن الخطوة الأساسية لضمان نجاح الصياغة تتمثل فى الوقوف على مراد أطراف التعاقد ، وبصفة خاصة الأهداف الحقيقية للعميل . وبالتالى تحديد طبيعة المعاملة[1] ، لوضع الشروط المناسبة تحقيقًا للغايات المرجوة وضمان الحقوق وارتباطها بتنفيذ الإلتزامات .

(ب) صياغة العقود فى مجال الإليكترونيات :

لا شك فى أهمية تبنى القواعد العامة السابقة ، إلا أن طبيعة العقود موضوع البحث تثير الملاحظة الآتية :

أولاً – إن العقود الإليكترونية يتم إبرامها عن بُعد ، وغالبًا ما يتم تنفيذها بنفس الطريقة ، ومن ثم لا يوجد مجال رحب لأعمال القواعد السابقة التى تبرز أهميتها فى العقود الدولية العادية حيث تنعقد حضورياً وبعد العديد من الاتصالات والمفاوضات وإعداد الصياغة . ولكن تبرز أهمية الصياغة فى العقد الإليكترونى كلما ازداد حجمه واتسع نطاق تنفيذه على صعيد الزمان والمكان والآثار . أما العقد البسيط التلقائى فيعتمد على التنفيذ المتزامن لإلتزامات الطرفين والتأكد الفورى من ذلك . إلا أن اللبس لا يمكن أن يثور بصدد الألفاظ على ضوء اللغة المستخدمة فى التعبير ، والقانون الواجب التطبيق وإعمال قواعد الضمان وتحديد المسئولية بصدد الإخلال بتنفيذ الإلتزامات .

ثانياً – إن العقود الأخرى (خدمات المعلومات والخدمات الإليكترونية والفضائيات والإتصالات والإعلانات) يتم إبرامها ، كقاعدة عامة ، مع شركات متخصصة تفرض شروطها التعاقدية فى صورة نماذج غير قابلة للتفاوض وتترك للعميل حرية الاختيار بين نموذج وآخر دون تعديل فيه ،

(١) أحمد شرف الدين ، الصياغة القانونية ص ١١ .

ومن ثم فإن الصياغة هنا قد تم إعدادها سلفًا لمصلحة الطرف المحترف وعلى ضوء المنافسة وقواعد السوق التى لا تدع مجالاً كبيراً للفروق بين العروض المقدمة من حيث الجوهر ، مما يضعنا أمام نوع من عقود الإذعان بالنسبة للمستهلك ، ويستدعى ذلك إعمال القواعد التشريعية الحمائية والمبادئ القضائية المستقرة فى هذا الصدد ، حيث تلعب دوراً هاماً فى تعديل وتفسير تلك العقود وتحديد مضمونها كما سنرى .

ثالثًا – إن دقة الصياغة تلعب دوراً هامًا فى تحديد مضمون العقد الذى يتوقف عليه ، كقاعدة عامة ، حصر إلتزامات المتعاقدين ،كنقطة بداية لتأسيس الخطأ والمسئولية العقدية ، إلا أنه نظراً للطبيعة الخاصة لتلك العقود ، من حيث المحل والأطراف وكيفية الإبرام والتنفيذ ، فإن القضاء يجرى على إقرار التزامات ثابتة فيها ولو لم ينص عليها وتلعب دوراً حيوياً فى تحديد المسئولية فيها ، مثل الإلتزام بالنصح والتعاون والمشورة والأمان كما سنرى .

ويستند القضاء فى تأسيس تلك الإلتزامات ، من خلال تحديد نطاق العقد ، على ما ورد فيه بالإضافة إلى ما يعتبر من مستلزماته ، فلا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ما هو مستلزماته ، وفقًا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام [(١)].

رابعًا – إن ظروف إبرام جانب كبير من هذه العقود عن بُعد وبالطريق الإليكترونى يبعدنا عن أسلوب الصياغة التقليدية ويضعنا أمام الصياغة الإليكترونية والدفع والإثبات الإليكترونى ، كما سنرى .

خامسًا – إن من الأهمية بمكان صياغة العقد فى عبارات واضحة واستخدام مصطلحات قانونية وفنية مبسطة تتيح للعميل فهم بنوده ، وخاصة بالنسبة للعقود المطبوعة المعدة مسبقًا المتداولة فى الأسواق ، حيث يتعين تضمين العقد كافة الشروط المتفق عليها ، بالإضافة إلى الحقوق والضمانات

---

(١) م ٢/١٤٨ مدنى .

التى تكفل حق العميل فى مواجهة الشروط التعسفية التى غالبًا ما تكون مكتوبة بخط صغير عابر ، وفى موضع هامشى لا يلفت نظر العميل ولا يتمكن من قراءته .

ولا شك أن تحرير العقد باللغة العربية يسهل بكثير عملية البساطة والوضوح لأن استخدام لغات أجنبية فقط بما تنطوى عليه من مصطلحات غامضة يزيد الأمر غموضاً وتعقيداً . وحسناً فعل المشرع الفرنسى عندما اشترط صياغة العقد باللغة الفرنسية وببنط مقروء على نحو واضح يسهل فهمه .

(ج) أهمية وضوح الصياغة :

لا شك فى أهمية صياغة هذه العقود على نحو يعبر بجلاء عن نطاق حقوق والتزامات الطرفين ، كما عرضنا من قبل . ويقع هذا الإلتزام على وجه الخصوص على عاتق البائع أو المنتج أو المورد ، فمن المقرر إن كل تصرف قانونى أو عبارة أو شرط مشوب بالغموض والإبهام obscur ou ambigu يتم يتفسيره في غير صالحه. وتبدو أهمية ذلك الإلتزام بوضوح بالنسبة للعقود المبرمة عن بعد وتلك المعدة فى صورة نماذج مطبوعة وليس للعميل هامش متسع لمناقشتها .

وتطبيقًا لذلك قضى بأن عدم وضوح صيغة عقد توريد برنامج الحاسب يؤثر على إرادة المتعاقدين ، وبالتالى على تكوين العقد ذاته [1]. وقضى بأن عدم وضوح مضمون إلتزام الشركة فيما يتعلق بتوريد الأجهزة محل التعاقد يعد إخلالاً بالتزامها بالإعلام مما يؤثر على إرادة العميل ، حيث تبين له عدم ملاءمة تلك الأجهزة لإحتياجاته [2] .

(د) تكملة العقد :

من المقرر أنه يتم تحديد مضمون العقد على ضوء ما ورد فيه وفقا للإرادة

---

(١) C.A. Paris 25 mars 1988, Juris- Data, n. 21681.

(٢) Cass. civ. 13 oct. 1993, R.J.D.A 1994, n. 17.

المشتركة للمتعاقدين ، ويتناول أيضاً ماهو من مستلزماته بحسب طبيعة الالتزام ووفقاً للقانون والعرف والعدالة (١).

وقد استقر القضاء على تقرير مسئولية المحترف عن الإخلال بالتزامه بتوجيه المتعامل معه غير المحترف ونصحه على نحو يساعده فى الحصول على محل تعاقدى يتناسب مع احتياجاته ويفى بالأغراض التى يستهدفها من وراءه. وقد رأينا قيام الإلتزام بالإستعلام عن حاجة العميل والالتزام بالنصح والإرشاد والتحذير (٢). تلعب تلك الالتزامات دوراً هامًا فى مرحلة التفاوض . بل أن الالتزام بالنصيحة يعد إلتزامًا مستمراً يبدأ فى مرحلة ما قبل التعاقد ويصاحب العقد حتى تمام تنفيذه (٣).

ويترتب على الإخلال بمثل هذه الإلتزامات تعويض الطرف المضرور طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية فى المرحلة قبل التعاقدية ، ويجوز للعميل طلب فسخ العقد إذا كان الضرر الناجم عن ذلك الإخلال جسيماً (٤). ويجوز أيضاً طلب الإبطال إذا كان لذلك تأثيراً على إرادة المتعاقد على نحو أوقعه فى غلط جوهرى .

(هـ) مستندات العقد :

الأصل أن العقد يتجسد فى المحرر الذى يتم توقيعه بين الطرفين ، حيث يتضمن شروط ومضمون التعاقد . وهناك بعض المستندات الإضافية التى يقدمها أحد المتعاقدين للآخر وتدخل فى النطاق العقدى .

– فهناك الكتيبات والأوراق الدعائية المطبوعة التى يسلمها أو يرسلها أحد الطرفين للآخر بقصد إعلامه وحثه على التعاقد . ويذهب الاتجاه المعاصر إلى

---

(١) م ٢/١٤٨ مدنى .

(٢) أنظر ما سبق ص ٤٠

(٣) Larroumet, Droit civil, T.3, n. 396.

(٤) Cass. com. 7 jan. 1997, G.P. 198.1.64, note Godet.

أن مثل هذه الأوراق ، بالرغم من أنها تمثل مجرد إعلان دعائى ، إلا انها بما تتضمنه من تفاصيل تؤثر على الرضاء بالتعاقد ، ومن ثم ينبغى إعتبارها جزءاً من العقد ، وتلزم من أصدرها بما ورد فيها حماية للمستهلك من الدعاية المغرضة الخادعة لجمهور .

وهناك بعض المستندات التى تعتبر من ملحقات العقد وتعتبر حجة على المتعاقد وتلزمه بما ورد فيها ، مثل الشروط العامة أو الصيغة لنموذجية التى يتم الإحالة إليها ، مثل العقود النموذجية للتجارة الإليكترونية ، وكذلك العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية عبر الانترنت . ويجب لإلزام المتعاقد بما ورد فى هذه المستندات أن يكون على علم بها أو أن يتمكن من ذلك ، وذلك بإعطائه نسخة منها أو الإشارة إليها بوضوح .

وهناك بعض المستندات التى تصدر عن أحد المتعاقدين بعد إبرام العقد ، وذلك بقصد تعديل أو تفسير أو تكملة بعض جوانبه . فإذا أرسل المتعاقد للآخر مكتوباً (خطاب أو فاكس أو تلكس أو مكالمة أو رسالة إليكترونية) يحمل تفسيراً أو تعديلاً أو إضافة وتسلمه دون تحفظ أو اعتراض خلال المدة المعقولة، فإن ذلك يعد قبولاً .

ولا ينبغى إغفال المستندات التفاوضية ، مثل الرسائل الإليكترونية المتبادلة، وكراس الشروط ، وطلبات الشراء .

(و) القواعد العامة فى التكييف :

التكييف هو إضفاء وصف قانونى معين على العقد يتفق مع حقيقة قصد المتعاقدين ، ويترتب على التكييف إنزال الحكم القانونى الصحيح على العقد ، ويلتزم القاضى بتكييف العقد حتى يتسنى له معرفة القانون الواجب التطبيق عليه ، ولا يستطيع الفصل فى النزاع المعروض أمامه بصدد عقد إلا بعد تكييفه وإعطائه الوصف الصحيح . ويعتبر ذلك من صميم عمل القاضى، وهو يقوم به من تلقاء نفسه .

يقوم القاضى بالتكييف استناداً إلى حقيقة قصد المتعاقدين بعد

استخلاصه من واقع شروط العقد وما اتجهت إليه الإرادة المشتركة لهما ، فالعبرة بالغرض العملى الذى قصده الطرفان حيث يستشفه القاضى من طبيعة الالتزامات الموجودة فى العقد ، عبر تقدير الأدلة والقرائن المقدمة فى الدعوى واستخلاص ما يقتنع به منها متى كان استخلاصه سائغاً متفقاً مع الثابت فى الأوراق . ولا يتقيد القاضى بالوصف أو العنوان الذى يخلعه المتعاقدان على العقد متى تبين له مخالفته للحقيقة .

يقوم القاضى ، عند التكييف ، بالمقابلة بين الآثار التى اتجهت إليها نية المتعاقدين المشتركة كما استخلصها من عبارات العقد وبين الماهية أو الطبيعة المجردة للعقد كما نظمه القانون ، لذلك فإن التعرف على حقيقة ما عناه المتعاقدان يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، أما عملية التكييف فتعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (٢) .

(ى) تكييف العقود فى مجال الإليكترونيات :

لا شك فى أهمية إعمال القواعد العامة السابقة ، إلا أن الطبيعة الخاصة لتلك العقود تثير لدينا الملاحظات الآتية :

أولاً : إن النوع الأول من هذه العقود ، وهو العقود الإليكترونية لا يثير صعوبة خاصة فى مجال التكييف ، حيث تخضع للقواعد العامة السابقة ، فهى عقود عادية فى مضمونها وأحكامها ، إلا أن خصوصيتها تكمن فى أسلوب إبرامها ، وربما تنفيذها ، عبر الانترنت ، ولا يؤثر ذلك كثيراً على التكييف الذى يرتبط بحقيقة قصد المتعاقدين ، الواضح من التزاماتهما المتبادلة، حيث يتعرف عليه القاضى من خلال أسلوب التنفيذ والرسائل الإليكترونية . ويكشف الواقع عن أن غالبية هذه العقود تندرج تحت طائفتى البيع بالنسبة للسلع والمنتجات ، والمقاولة بالنسبة للخدمات .

---

(١) Guy R. note sous la loi n. 95-96 du 1 fev. 1995, cont. conc. cons., mars 1995, 55.

(٢) أنظر مؤلفنا فى النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .

ثانيًا : لعل الصعوبة تكمن فى تكييف عقود الخدمات الإليكترونية وعقود المعلومات لحداثة ظهورها وطبيعة المحل ونوعية وتباين الأداءات المتولدة عنها . تدخل أغلب هذه العقود فى إطار عقد المقاولة ، إلا انها تثير الكثير من الجدل عندما تنطوى على عمليات مركبة مادية وذهنية ، حيث يتجه البعض إلى اعتبارها عقوداً غير مسماة .

ثالثًا : بالرغم من أن هذه العقود يتم صياغتها بنماذج تفصيلية مطبوعة من شركات متخصصة تعبر عن كل شروط وأحكام العقد لمواجهة كل ما قد يحتمل من منازعات إلا أن الواقع العملى يكشف عن وجود نقص ، أحيانًا ، يستوجب تطبيق القواعد العامة ، ولا يمكن إعمال ذلك إلا بعد تكييف العقد ، ومن ثم تظل للتكييف أهميته لتطبيق تلك القواعد من جهة ، والأحكام الخاصة بالعقد من جهة أخرى فى حالة عدم وجود نص خاص .

ولا شك فى أهمية تلك القواعد والأحكام فى تحديد مضمون الالتزام العقدى مناط تحديد المسئولية، أضف إلى ذلك إن جانبًا غير يسير من أحكام المسئولية يتسم بالطبيعة الآمرة الواجبة التطبيق حتى لو كان هناك نص مخالف فى العقد .

رابعًا : إن من الأهمية بمكان محاولة تكييف هذه العقود فى إطار العقود المسماة التى يمكن ، بمرونتها ، أن تتسع لتشمل جل العقود المذكورة رغم حداثتها ، ويتم التكييف عبر أحد العقود المسماة أو من خلال عقد مركب منها ، لأن ذلك يضعنا فى ساحة الأمان القانونى ، لوجود الحل المناسب دائمًا من خلال القواعد العامة من جهة ، وتفادى الغلو والشطط فى سلطان الإرادة الذى يتم على حساب الطرف الضعيف من جهة أخرى .

ولا نرحب مطلقًا بالهروب من عملية التكييف للقول بأننا أمام عقد غير مسمى لأن ذلك يعرضنا لاحتمال الفراغ القانونى من جهة ، وتناقض الحلول القضائية وعدم تناسق القواعد المطبقة من جهة أخرى .

الفصل الثانى
الشـىء المبيـع

يجب أن تتوافر فى الشئ المبيع شروط المحل كما تحددها القواعد العامة. فالمحل ينبغى أن يكون موجوداً ومعيناً أو قابلاً للوجود والتعيين . هذا بالاضافة الى كونه مشروعاً أو قابلاً للتعامل فيه . ويضاف الى ما سبق شرط آخر هو ملكية البائع للشئ المبيع . ويثير تطبيق تلك القواعد على عقد البيع عدة أحكام نكتفى بالتعرض لها .

المبحث الأول
تعيين المبيع

يلزم لانعقاد البيع أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين . فإذا كان المبيع شيئًا معينًا بذاته وجب تحديده بطريقة نافية للجهالة الفاحشة وذلك ببيان أوصافه الأساسية (١). أمـــا إذا كـان المبيع شيئًا مثليًا فإنه يجب

---

(١) إن العبرة فى تعيين محل البيع هو بما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين وفقًا للتحديد الذى تضمنه عقد البيع الذى لا يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصاً، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص سائغًا - على نحو ما جاء بالرد على أسباب الطعن السابقة - من ايصال سداد مقدم حجز المحل موضوع النزاع ومن القرائن التى ساقها تأييداً له اتفاق الشركة الطاعنة مع المطعون ضده الأول على بيع المحل رقم ٤ الكائن بالعمارة رقم ٨ مرحلة ثانية مشروع اسكان مصر الجديدة مما مفاده أن محل التعاقد قد تحدد بذاته تحديداً قاطعاً ، ولا ينال من ذلك تمسك الطاعنين بأن المحل موضوع النزاع لا وجود له على الطبيعة بعد أن ضم إلى آخر ، إذ لا أثر لهذا الادعاء على حقيقة البيع الذى انصب عليه التعاقد ولا على الحقوق والالتزامات التى يرتبها القانون على طرفيه البائع والمشترى ومن ثم فإن النعى على الحكم بهذه الأسباب يكون على غير أساس . (طعن رقم ٤٠٠ ، ٤٢٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩١/١/٣١) .

لما كانت العبرة فى تعيين البيع المطلوب إثبات صحة التعاقد عنه هو بما ورد فى العقد الذى بيع بموجبه ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من عقد البيع محل النزاع أنه ورد على ما يمتلكه مورث المطعون ضدهم من نصيب مفرز تبلغ مساحته ٢٨٨ متراً وكانت فى الأصل ٢ط ، ١٨س شائعاً فى مساحة أكبر تبلغ ١٢ ط ، ٩س قبل قسمتها بين الشركاء المشتاعين وكان البيّن من عقد القسمة - المرفق بالأوراق - والذى أحال إليه عقد البيع آنف الذكر فى بيان مساحة وحدود العين المبيعة اتفاق أطرافه على انهاء حالة الشيوع وانشاء طريق مشترك يفصل بين نصيب كل منهم وترتيب حق ارتفاق بالمرور لصالحهم لا يجوز نقضه ، وكان الواضح من عبارات عقد البيع وعقد القسمة سالفىّ الذكر أن نية =

أن يكون معيناً بنوعه ومقداره [1] .

مؤدى ذلك أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شئ وجب أن يكون هذا الشيئ معيناً أو قابلاً للتعيين ، فإذا وقع العقد على شيئ معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشئ معروفة لطرفيه سواء بوصفه فى العقد وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة أو بامكان استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت ابرام العقد ، ومن الكيفية التى تم بها تنفيذهما له[2].

وتقرر محكمة النقض ان العبرة فى تعيين محل البيع هو بما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين وفقًا للتحديد الوارد بعقد البيع . سلطة محكمة الموضوع فى استخلاص نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه فى تعيين المبيع متى كان استخلاصها سائغاً [3] .

= العاقدين قد انصرفت إلى أن يبيع مورث المطعون ضدهم إلى الطاعن ما يمتلكه من أرض كانت فى الأصل ٢ط ، ١٨س وأصبحت بعد انتهاء حالة الشيوع بموجب عقد القسمة وبالحدود الواردة به تبلغ مساحتها ٢٨٨ متراً ، وإذ اعتبر الحكم المطعون فيه – خلافًا للمدلول الظاهر لعقدى البيع والقسمة – أن المساحة المباعة لا تشمل سوى القدر المفرز وهو ٢٨٨ متراً دون باقى المساحة التى كانت للبائع قبل القسمة ومقدارها ١٩٣,٢٥ متراً وذهب إلى أنها ما زالت على ملكه وبرر ذلك بعدول الطاعن عن عقد القسمة بشرائه باقى الأنصبة الواردة به شائعة مع أن هذا الشراء ليس من شأنه أن يؤثر على الحقوق والالتزامات المتبادلة التى تولدت عن عقد القسمة المشار إليه بالنسبة لطرفى عقد البيع موضوع النزاع فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.(طعن رقم١٤٤١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/١/٣١).

(١) م١٣٣ .

(٢) نقض ١٩٨٦/٥/٢٠ طعن ١٤٤٠ س٥٢ق .

نقض ١٩٩٢/٦/٣٠ طعن ١١٥١ س٦١ق .

(٣) الطعن رقم ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ق – جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧ . =

ويأخذ تعيين المبيع بعض الصور الخاصة بعقد البيع ، كما فى حالة البيع بالعينة ، والبيع بالتقدير والبيع الجزافى ، وبيع الشريك للمال الشائع .

المطلب الأول

البيع بالعينة :

يمكن أن يتم البيع طبقًا لعينة يقدمها البائع للمشترى ، حيث ينعقد العقد بينهما على أن يقوم البائع بتسليم المبيع مطابقًا للعينة المقدمة . وتغنى العينة عن تعيين المبيع أو وصفه(٢) أو العلم به . ويعتبر البيع بالعينة بيعًا باتًا .

ويجب أن يكون المبيع مطابقًا للعينة ، وعند الاختلاف يمكن للمحكمة الاستعانة بالخبرة الفنية . وإذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ منه ، كان على المتعاقد بائعًا أو مشتريًا أن يثبت أن الشئ

= محل الالتزام يكفى أن يكون قابلاً للتعيين . وجوب أن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتمييز المبيع عن سواه ويمنع اختلاطه بغيره . المادتان ١٣٣ ، ٤١٩ من القانون المدنى. صحة البيع . ليس من شروطه تطابق المشترى الظاهر مع المشترى المستتر ولا أن يكشف المشترى الظاهر عن أنه لم يكن غير وسيط أو اسم مستعار.

(الطعن رقم ٢١٧٦ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/١/١١) .

البيع الذى يكون محله عينا معينة . يحق للدائن أن يضع يده عليها مادامت مملوكة للمدين البائع وقت البيع أو آلت ملكيتها إليه أو إلى ضامنه .

(الطعن رقم ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ق – جلسة ١٩٩٥/١/٢٩) .

(٢) نقض ١٩٤٨/١٢/٩ مجموعة عمر ٥ ص ٦٧٩ .

« تفهم نية المتعاقدين لمعرفة إن كانت قد اتجهت الى البيع بالعينة أم إلى البيع حسب المواصفات الواردة فى التعهد هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع . نقض ١٩٥٢/١٠/١٦ المجموعة خلال ربع قرن ص ٣٤٦.

مطابق للعينة أو غير مطابق [1] . وطبقًا للقواعد العامة فإن من تكون لديه العينة يصدق بقوله وعلى من يدعى العكس اثبات ذلك .

ولا يؤثر وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة . فقد قضى بأنه : « إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة العينة فى خصائصها التى رأت أن المتعاقدين قصداها ، فليس فى استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما ينفى المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد الى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروق لا يؤبه بها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة »[2] .

وإذا ثبت عدم مطابقة المبيع للعينة فإن للمشترى الحق فى طلب التنفيذ العينى أى تسليم شئ مطابق للعينة ، وله أن يحصل على هذا الشئ بنفسه من الأسواق بعد استئذان القضاء أو قبل استئذانه فى حالة الاستعجال [3] . وللمشترى أن يطلب الفسخ مع التعويض ، وله أيضًا طلب انقاص الثمن . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه : « وإن كان المشترى يعتبر عالماً بالمبيع علماً كافياً باطلاعه على العينة إلا أنه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو الرسائل للعينات المستخرجة منها . فإذا تبيّن عدم مطابقتها لها كان المشترى فى حِل من الوفاء بالتزامه بالثمن »[4] .

وان « البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد عليها ، فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على

---

(1) م٤٢٠ .

(2) نقض ١٩٥٩/١١/١٢ س١٠ ص٦٥٩.

(3) م٢٠٥ .

J. Mestre, note sur, 14 sept. 1999, D. 2001, 729.

(4) نقض ١٩٥٩/١٠/١٥ س١٠ ص٥٦٧ .

بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فإن كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفروق الثمن لمصلحة المشترى»[1] .

فطبقًا لهذا القضاء يكون المشترى بالخيار بين الفسخ وبين قبول العينة مع انقاص الثمن .

~~المطلب الثاني~~

البيع بالتقدير والبيع الجزاف

يكون البيع بالتقدير إذا كان المبيع من المثليات أى الأشياء التى تقوم مقام بعض فى الوفاء وتقدر عن طريق الوزن أو الكيل أو المقاس أو العدد . ويتم تعيين المبيع من خلال هذا التقدير .

وقد يتم بيع المثليات جزافًا ، كأن يبيع التاجر كل أو نصف ما يوجد فى مخزنه من قماش أو صناديق . ويعتبر البيع جزافًا حتى ولو كان تقدير الثمن يحتاج الى تقدير المبيع [2] . مثال ذلك أن يبيع التاجر ما فى مخزنه من حبوب بسعر الأردب مائة جنيه ، فالتقدير هنا لازم لتحديد الثمن وليس لتقدير المبيع المعيّن جزافًا . ويتوقف اعتبار البيع جزافًا على طريقة تحديد المبيع وليس على أساس تحديد الثمن .

وتطبيقًا لذلك قضى بأنه : « إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى ان الطاعن تعاقد مع وزارة المالية على أن يقوم باستغلال النطرون بمستنقعات منطقتين مقابل ثمن معيّن ، وعلى أن يدفع لها علاوة على هذا الثمن إتاوة عن كل طن يستخرجه ... فهذا العقد موضوعه

---

(١) نقض ١٩٤٨/١٢/٩ مجموعة عمر ٥ ص ٦٧٩ .

(٢) م٤٢٩ .

محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعًا للمستنقعات المذكورة ... فهو عقد بيع للنطرون لا عقد ايجار للمستنقعات - والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النطرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة الى وزن ، وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الاتاوة ، وينبنى على ذلك اعتباره بيعًا جزافًا ، فهو يقع لازمًا مهما كان مقدار المبيع أقل مما آمله المشترى » [1] .

« وإذا كان البائع قد باع كل القطن الذى فى مخزونه والناتج من زراعاته المعينة فى العقد وقد عاينه المشترى فى المخزن المودع به ، كان التكييف الصحيح لهذا البيع أنه بيع جزاف لا بيع شئ معيّن بنوعه ولا ينفى عن هذا البيع وصف الجزاف كون المبيع قد قدر بالعقد تقديرًا تقريبيًا بمقدار معيّن قابل للعجز والزيادة، ولا يكون لهذا التقدير أثر إلا فى مسألة الضمان » [2].

وتنتقل الملكية فى البيع الجزاف - كما فى حالة المبيع المعين بالذات - بمجرد العقد ، أما فى حالة البيع بالتقدير حيث يكون المبيع من المثليات فإن الملكية لا تنتقل إلا بالافراز .

متى كان المبيع جزافًا فإن الملكية فيه تنتقل الى المشترى بمجرد اتمام العقد ولو كان تحديد الثمن موقوفًا على تقدير المبيع ، كما يتم تسليم المبيع فيه بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولِ عليه استيلاء ماديًا مادام البائع قد أعلمه بذلك[3] .

ان التمييز بين البيع الجزاف والبيع بالتقدير أمر يتعلق بتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فى كل منهما وتعيين ما إذا كان البائع أو المشترى هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بأحقية المشترى فى أخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع بلا

---

(١) نقض ١٩٥١/١٢/٦ المجموعة فى ربع قرن ص ٣٦٦ .

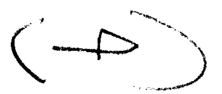
(٢) نقض ١٩٦٨/٣/٢٨ س١٩ ص٦٢٢ .

(٣) نقض ١٩٦٨/٣/٢٨ س١٩ ص٦٢٢ .

مقابل على مجرد اعتباره البيع جزافًا مع أنه ليس من مؤدى ذلك حتماً اعمال حكم هذه المادة ومناطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة فإن الحكم يكون قاصر البيان [1].

إذا كان البيع قد إنصب على قدر معيّن وتم البيع بسعر الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعيض دون ضرر ، فإن ما يستولى عليه المشترى زيادة عن القدر المبيع لا يشمله عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس السعر ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائداً عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن [2] .

~~المطلب الثالث~~



بيع الشريك للمال الشائع

يمكن أن يكون المال مملوكًا لأكثر من شخص بنسب معينة دون أن تفرز حصة كل منهم . هنا يكون المال مملوكًا على الشيوع لعدة شركاء ، حيث يملك كل شريك حصته الشائعة ملكًا تامًا ويستطيع أن يجرى عليها كافة التصرفات القانونية [3] .

والتصرف بالبيع الصادر من الشريك المشتاع قد يرد على كل المال الشائع ، وقد يرد على حصته شائعة أو مفرزة .

أولاً : بيع الشريك كل المال الشائع يعتبر صحيحاً بين أطرافه ولكنه غير نافذ فى حق باقى الشركاء على الشيوع إلا فى حدود حصة المتصرف المملوكة له على الشيوع ، ويستطيع المشترى طلب ابطال البيع على

---

(١) نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ س١٤ ص٤١٨ .

(٢) نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ س٢٩ ص١٧٧٧.

(٣) انظر مؤلفنا فى الحقوق العينية الأصلية ، الاسكندرية ٢٠٠١ .

أساس الغلط الجوهرى حول ملكية البائع لكل الشئ المبيع ، ويستطيع طلب الفسخ إذا لم يتمكن البائع من استخلاص ملكية المبيع ونقلها اليه .

ثانيًا : بيع الشريك حصته على الشيوع يكون صحيحًا ونافذًا لأنه يبيع ما يملك ، ويترتب عليه نقل الملكية الى المشترى الذى يحل محل البائع شريكًا على الشيوع لباقى الشركاء . ولكن ينبغى ملاحظة أن البيع إذا تم لأجنبى كان للشركاء على الشيوع الحق فى استرداد الحصة المبيعة فى المنقول خلال ثلاثون يومًا من تاريخ العلم بالبيع أو من تاريخ اعلانهم به [١]، ولهم حق أخذ الحصة المبيعة بالشفعة إذا كان المبيع عقارًا .

يُفهم من ذلك الحكم عدة نتائج هى :

١- أن بيع الشريك المشتاع جزءًا مفرزًا يعادل نصيبه لا ينفذ فى حق باقى الشركاء ، بل يظل معلقًا على نتيجة القسمة ، وبعبارة أخرى فإن بيع المالك على الشيوع حصته مفرزة للغير صحيح معلق على نتيجة القسمة أو اجازة باقى الشركاء [٢].

٢- هذا البيع لا تنتهى به حالة الشيوع [٣]، وليس للمشترى أن يطالب بالتسليم مفرز[٤] .

٣-لا يجوز الحكم للمشترى بصحة ونفاذ البيع عن قدر مفرز إذا كان المبيع شائعًا ا لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقع القدر المبيع فى نصيب البائع له بمقتضى هذه القسمة ، ذلك أن البائع له لم يكن يملك وضع يده مفرزًا على حصته قبل حصول القسمة إلا برضاء الشركاء جميعًا ، ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه ، ولأن القضاء بالتسليم فى هذه

---

(١) Com. 26 fév. 2002, Bull. Civ., n. 41.

(٢) نقض ١٩٨٥/١١/١٤ طعن ٢٥٣ س٥٢ق .

(٣) نقض ١٩٨٦/٣/٣٠ طعن ٢٩٣ س٥٢ق .

(٤) نقض ١٩٨٧/٦/٩ طعن ٩٠٣ س٥٣ق .

الحالة يترتب عليه إفراز جزء من المال بغير الطريق الذى رسمه القانون(١) .

٤- يعتبر هذا البيع بالنسبة لباقى الشركاء فى حكم التصرف فى قدر شائع ، ومن ثم يكون لهم حق أخذ الحصة المبيعة بالشفعة (٢).

٥- يعتبر هذا البيع صحيحاً ونافذاً فى حق الشريك البائع ومنتجاً لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة . وهذا البيع وإن تعلق نفاذه فى حق باقى الشركاء على نتيجة القسمة إلا أنه نافذ فى حق البائع ويستطيع المشترى طلب الحكم بصحته ونفاذه دون افرازه (٣).

ويترتب على ذلك أنه إذا سجل المشترى لقدر مفرز فى مواجهة البائع له فى فترة ما قبل القسمة فإنه يمتنع على البائع التصرف فى هذا القدر الى الغير، وإذا تصرف فيه كان بائعًا لملك الغير فلا يسرى هذا البيع فى حق المالك الحقيقى وهو المشترى الأول الذى انتقلت اليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه (٤).

---

(١) نقض ١٩٦٥/١١/٢ س١٦ ص١١٧٢ .

(٢) نقض ١٩٨٥/١١/١٤ السابق .

(٣) نقض ١٩٨٦/٦/٩ طعن ٥٧٤ س٥٤ق .

بيع الشريك المشتاع حصته مفرزة لأجنبى . بيع صحيح معلق على نتيجة القسمة أو إجازة باقى الشركاء . اعتباره فى حكم التصرف فى قدر شائع بالنسبة لهم . أثره . ثبوت حقهم فى أخذ الحصة المبيعة بالشفعة .

(الطعن رقم ٩٢٣ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/١/٩) .

(٤) نقض ١٩٧٥/١٢/١٧ س٢٦ ص٤٠٢.

وتطبيقاً لما تقدم قررت محكمة النقض بأنه : للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً أو مفرزاً - يقع البيع صحيحاً بين طرفيه حالة التحديد مدة تظل معلقة على نتيجة القسمة أو اعادة الشركاء ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبى وكان الافراز الذى تحدد به محل البيع ولا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء - يعتبر هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع .

أنه إذا وضع أحد الشركاء على الشيوع يده على جزء معين من المال الشائع تسهيلاً لطريقة الانتفاع - ليس من حق أحد الشركاء انتزاع هذا الجزء منه - إلا أن ذلك رهين بأن يكون واضع اليد مالكاً على الشيوع .

=

= الملكية فى المواد العقارية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير لا تنتقل إلا بالتسجيل فإذا لم يتم ذلك كان انتفاعه بالعين إنما يستند إلى كونه مستأجراً فحسب ويضحى التحدى بعدم أحقية باقى الملاك فى الشيوع فى انتزاع هذا الجزء يفتقر إلى سنده القانونى .
ذلك أن مفاد المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء فمتى صدر الايجار للعين كلها أو لجزء مفرز فيها من أحد الشركاء دون أن يكون له أغلبية الأنصباء فإن الايجار وإن وقع صحيحاً ونافذاً فيما بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسرى فى حق باقى الشركاء ممن لم تصدر منهم الاجارة طالما لم يقرها صراحة أو ضمناً اعتباراً بأن الايجار يقع فى جزء منه على ملك الغير فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا اخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها أو من أى جزء منها دون انتظار نتيجة القسمة. ومن المقرر كذلك أنه ولئن كان عقد الايجار ينتهى باتحاد الذمة كما إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة من المؤجر لأنه بهذا الشراء تكون قد اجتمعت فيه صفتا المستأجر والمؤجر فينقضى الالتزام باتحاد الذمة وينتهى الايجار إلا أن شرط ذلك أن يشمل البيع كامل العين المؤجرة أما إذا اقتصر على حصة شائعة فى العقار الكائن به فإن عقد الايجار يبقى نافذاً قبل المستأجر بشروطه ولا يحق له التحلل منه ولا يكون له سوى حصة فى الأجرة بقدر نصيبه فى الشيوع يقتضيها ممن له حق الإدارة أو يخصمها من الأجرة ، ولما كان نص المادة ٨٢٦ من القانون المدنى يدل على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً بين طرفيه فإن حالة التحديد ضده تظل معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشركاء على الشيوع ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبى وكان الافراز الذى تحدد به محل البيع ولا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءاً أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع ، وأنه ولئن كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا وضع أحد الشركاء على الشيوع يده على جزء معين من المال الشائع تسهيلاً لطريقة الانتفاع فليس من حق أحد الشركاء انتزاع هذا الجزء منه باعتبار أن واضع اليد يمتلك فيه ما يتناسب مع نصيبه فى المجموع ويكون انتفاعه بالباقى مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل فى المنفعة إلا أن ذلك رهين بأن يكون واضع اليد مالكاً على الشيوع ، ولما كانت الملكية فى المواد العقارية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، فإذا لم يتم ذلك كان انتفاعه بالعين إنما يستند إلى كونه مستأجراً فحسب ويضحى التحدى بعدم أحقية باقى الملاك فى الشيوع فى انتزاع هذا الجزء يفتقر إلى سنده القانونى . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف القواعد الواردة فى السياق المتقدم ، ورفض دعوى الطاعنين بعدم نفاذ عقد الايجار موضوع النزاع المؤرخ ١٩٨٧/٨/١ بمقولة أن شقة النزاع قد تم تخصيصها للبائعة (مورث المطعون ضدهم الخمسة الأول) بعد وفاة مورثها ومورث =

٦- أما بعد القسمة فإن استقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه فى نصيب الشريك البائع ، فإن وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجة القسمة وذلك بفضل الحلول العينى .

٧- ليس للمشترى طلب ابطال البيع على أساس صدوره من غير مالك بل يكون له طلب الابطال استناداً الى الوقوع فى غلط جوهرى حول حقيقة ملكية البائع .

= الطاعنين فى ذات الوقت مفترضاً أن هذا التخصيص بلا خلاف بين طرفى الدعوى ، كما ركن إلى ثبوت هذا التخصيص استناداً إلى ما جاء بأوراق الدعوى ومستندات وأقوال شاهدى المستأنفين (المطعون ضدهم سالفى الذكر) دون أن يبين ماهية الأوراق والمستندات وأقوال الشهود التى حصل منها ما خلص إليه فى هذا الخصوص أو الاشارة اجمالاً إلى ذلك، وبيان مؤدى كل منها فى الوصول إلى تلك النتيجة ، كما لم يفصح عن مصادر الأدلة التى استقى منها قضاءه ، وكانت أوراق الطعن برمته قد خلت مما يدل على أن شقة النزاع قد خصصت للمورثة المذكورة من قبل أو أن قسمة مهايأة قد أجريت بين الشركاء فى العقار أو أن تحقيقاً أجرته المحكمة بالفعل نفاذاً لحكم التحقيق الذى أصدرته محكمة أول درجة بتاريخ ١٩٨٨/٦/٢٩ ، وكان الطاعنون قد أسسوا دعواهم الماثلة على أن المورثة المذكورة قد أجرت العين وهى لا تملك أغلبية الأنصبة فى العقار المشاع مما مؤداه عدم اقرارهم لهذا التخصيص ، فإنه يكون قد خالف الثابت فى الأوراق مشوباً بقصور فى التسبيب وفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن . (نقض مدنى طعن رقم ٣١٢٥ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/٢/٦) .

المبحث الثانى

وجـود المبيـع

يلزم لصحة البيع أن يكون الشئ المبيع موجوداً وقت التعاقد أو قابلاً للوجود فى المستقبل وذلك تطبيقًا للقواعد العامة التى تجيز أن يكون محل الالتزام شيئًا مستقبلاً . فيجوز بيع الأشياء المستقبلة كبيع المحصول قبل نضجه[1] ، وبيع الشقة قبل بنائها ، وبيع المصنوعات قبل صناعتها [2].

وقد يحظر المشرع أحيانًا التصرف فى الشئ المستقبل كما هو الحال بالنسبة للتركة المستقبلة ، وقد يقيد التبايع فى الشئ محتمل الوجود ، كما هو الحال فى الحقوق المتنازع عليها .

---

(١) إذا كان الواقع فى الدعوى أن الطاعنين باعا المطعون عليه الأقطان الناتجة من زراعتهما والبالغة ٧٥٠ قنطاراً تحت العجز والزيادة بسعر ١٣ جنيهاً للقنطار ودفع الثمن مقدماً على أن يكون التسليم فى موعد غايته ... فإن زاد الناتج عن هذا المقدار تكون الزيادة على أساس سعر ... وفى حالة العجز يقدر ثمن الكمية الناقصة على أساس ... فإن هذا العقد هو تعاقد على بيع محصول فى المستقبل وهو جائز بحكم المادة ١٣١ مدنى . (نقض ١٩٥٩/١١/١٢ س١٠ ص٦٤١).

متى كان يبين من الحكم المطعون فيه بأن المحكمة بم تقل ببطلان التعاقد على بيع المحصول المستقبل بل قررت أن البيع المتنازع على تكييفه هو بيع معلق على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل وان هذا ليس معناه القول ببطلان التعاقد على محصول مستقبل وانها إذا كانت قد ألزمت الطاعن بالتعويض فإن هذا كان على أساس أنه قد قصر فى القيام بما التزم به من تعهدات تضمنها العقد فيما يتعلق بعملية الزراعة من تسميد وبذر ورى وكان من أثر ذلك التقصير هبوط نسبة المحصول ، فليس فيما قررته المحكمة أى تناقض أو مخالفة للقانون . (نقض ١٩٥٣/٤/٣٠ مجموعة القواعد فى ربع قرن ص ٣٤٧) .

(٢) Tournafond, la vente d'immeuble à Construire , 1987, n. 87.
Cass. Civ. 11 oct. 2000, J.C.P., 2001 . 11. 10465.

~~المطلب الأول~~

بيــع التركــة

بعد أن أجاز المشرع التعامل فى الشئ المستقبل عاد وإستثنى من ذلك التعامل فى التركة المستقبلة حيث قرر بأن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون ، مثال ذلك الوصية فى حدود الثلث ، والوصية بقسمة أعيان التركة بين الورثة (١) . ويعتبر التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً سواء صدر من الوارث أو من المورث .

ويجيز القانون بيه التركة بعد وقاة المورث وثبوت الحق فى الميراث . ويقع البيع على كل نصيب الوارث أو بعضه مما يجعله بيعًا احتماليًا جزافيًا . ويتم البيع الى وارث أو لغير وارث . ويقصد ببيع التركة البيع الوارد على مجموع من المال، أما إن باع الوارث حق أو مال معيّن آل اليه بطريق الميراث كنا بصدد بيع عادى يخضع للقواعد العامة فى عقد البيع .

وقد أحاط المشرع هذا البيع ببعض الأحكام الخاصة هى (٢) :

أولاً : من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك . فالبائع يضمن فقط صفته كوارث ولا يضمن يسار التركة وما تشتمل عليه من حقوق وديون . وإذا ضمن ذلك طبقت القواعد العامة فى الضمان .

ثانيًا : إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشترى الاجراءات لنقل كل حق اشتملت عليه التركة ، فإذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الاجراءات . فمثلاً إذا شملت التركة عقارات فإن الملكية لا تنتقل الى المشترى إلا بالتسجيل . ويجب شهر حق الارث حتى يمكن شهر تصرفات

---

(١) م١٣١ ، ٩٠٨ .

(٢) م٤٧٣ : ٤٧٦ .سليمان مرقس ص ١٤٣.

الوارث فى العقار الذى آل اليه بالميراث .

والجدير بالذكر أن عدم شهر حق الارث لا يمنع انتقال الحقوق العقارية الى الورثة بمجرد وفاة المورث وان امتنع عليهم شهر التصرفات التى يجرونها على هذه الحقوق[1] .

ثالثاً : إذا كان البائع قد استوفى ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ما لم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد . أى أن البائع يلتزم بتسليم المشترى كل ما آل اليه من التركة أو بعضه بحسب موضوع البيع . ويلتزم بأن يرد للمشترى ما يكون قد استوفاه من ديون التركة أو ما حصل عليه من ثمن لما باعه من حقوقها . والتسليم يكون للتركة بحالتها وقت الوفاة .

رابعاً : يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك . نظراً لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون فإن بيع التركة لا ينقل الى المشترى ملكية شئ قبل سداد ديون التركة ، أى أنه ينبغى استيفاء كل ديون التركة قبل أن يؤول أى حق منها للمشترى . ويلتزم المشترى بدفع ثمن التركة بالاضافة الى ما يكون البائع قد وفاه من ديون عليها لأن التركة هى المدينة بذلك وليس البائع. ويدخل فى ذلك الديون التى قد تكون للبائع نفسه على التركة .

~~المطلب الثانى~~

(ب) بيع الحقوق المتنازع عليها (حق الاسترداد)

- الحق المتنازع فيه :

يعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى

---

(1) نقض ١٩٦٦/١١/١ س١٧ ص١٥٦٩ .

شأنه نزاع جدى [١] . ويستقل قاضى الموضوع بتقدير مدى جدية النزاع على الحق من عدمه ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض . ولا يجوز لأحد الخصوم أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأن خصمه فى الدعوى اشترى حقاً متنازعاً فيه ، لأن هذا الدفاع يخالطه واقع فلا تجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض [٢] .

ويكون النزاع جدياً إذا كانت هناك ادعاءات جدية متعارضة بشأن موضوع الحق ، أو إذا كانت هناك خصومة حول أصل الحق أى تتعلق بوجوده ، [٣] أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو التقادم ، أما العراقيل التى تعترض السداد بفعل المدين كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى فلا يعتبر معها الدين متنازعاً عليه لأنها غير متعلقة بأصله [٤]. ويظل الحق متنازعاً فيه مادامت الدعوى مرفوعة به أمام القضاء ، فإذا انتهت بحكم نهائى فإن الحق يصبح غير متنازع فيه .

- استرداد الحق المتنازع فيه :

ويجوز استرداد الحق المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر[٥] ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد الى المتنازل له

---

(١) م٤٦٩ .

(٢) الأعمال التحضيرية ٤ ص٢٠٣ . نقض ١٩٦٧/٨/١٥ س١٨ ص١٥٠٠ .

(٣) وتقرر محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد أثبت أن المدعى لم يشتر إلا مجرد حق متنازع فيه ، فإن قضاءه برفض دعواه بالضمان يكون موافقاً لحكم المادة ٣٥٣ مدنى (قديم) التى تقضى بأنه لا ضمان أصلاً على من باع مجرد حق متنازع فيه . (نقض ١٩٤٨/١/١٥ المجموعة فى ربع قرن ص ٣٦٨) .

(٤) نقض ١٩٣٨/٤/٧ مجموعة القواعد فى ربع قرن جـ ١ ص ٣٦٨ .

(٥) وذلك رغبة من المشرع فى منع المضاربة على مثل هذا النوع من الحقوق وتلافى المنازعات.

- استرداد الحق المبيع المتنازع فيه . جوازه لمن ينازع فى هذا الحق إذا دفع للمشترى الثمن الحقيقى والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . المادة ٤٦٩ مدنى . مؤداه . ليس للبائع الحق فى الاسترداد . =

الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن وقت الدفع [1] .

ويجوز الاسترداد سواء كان الحق المتنازع فيه شخصياً أو عينياً ، منقولاً أو عقاراً . ويستفاد ذلك من الصياغة العامة للنص حيث يستخدم لفظ الحق دون تحديد .

ولا يجوز استرداد الحق إلا إذا كان صاحبه قد تنازل عنه بمقابل ، سواء إتخذ التنازل شكل البيع أو الصلح أو المقايضة أو أى عقد آخر غير مسمى .

ويمكن مباشرة الحق فى الاسترداد بالتراضى بين المتنازل ضده وبين المتصرف اليه فى الحق أو بطلب أمام القضاء . . ويشترط أن يكون الطلب حاصلاً بصفة أصلية وبغير منازعة فى أصل الدين رغبة من المتنازل ضده فى انهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس[2] .

ولا يقبل الطلب إلا إذا قام المدين بالرد أو العرض الحقيقى لكل من الثمن الفعلى الذى دفعه المتنازل اليه مع المصروفات والفوائد من يوم الدفع . ولا يعتد بالثمن الصورى . وتشمل المصروفات العقد والسمسرة والتسجيل والدعوى وكل ما تحمله المشترى فى هذا السبيل .

وتعبر المذكرة الايضاحية عن أثر الاسترداد بقولها : إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، فاسترداده يمكن تكييفه على أنه شراء للحق ، ثم إنقضاءه بعد ذلك باتحاد الذمة . وإذا كان الحق عينيًا فاسترداده يكون شراء

=- ثبوت أن الطاعنة هى البائعة للحق المتنازع فيه فليس لها طلب استرداده من المشترى . مؤداه . وجوب الحكم برفض الدعوى . قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها يستوى فى نتيجته مع القضاء برفضها . أثره . النعى على الحكم المطعون فيه - أيًا ما كان وجه الرأى فيه - غير منتج . (الطعن رقم ٣٣١٠ لسنة ٥٨ق - جلسة ١٩٩٤/٣/٣١) .

(١) م٤٦٩ .

Com. 26 fév. 2002, Bull Civ. n. 41.

(٢) نقض ١٩٣٨/٤/٧ مجموعة عمر جـ ٢ ص٣١٧ .

فيه معنى الصلح . ويكون مقتضى ذلك أن المسترد يتلقى الحق مباشرة من المتنازل دون المتنازل له حيث يحل محل الأخير فى العقد الصادر له من المتنازل (١) .

وهناك بعض **الحالات التى لا يجوز فيها استرداد** الحقوق المتنازع عليها لانتفاء فكرة المضاربة .

١- إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد . مثال ذلك بيع النصيب فى التركة ، أى أن يكون الحق جزءاً من تركة وبيعت أموال التركة جملة واحدة بثمن واحد .

٢- إذا كان الحق المتنازع فيه شائعًا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر .

٣- إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق فى ذمته ، فإن هذا التصرف يعتبر وفاء بمقابل . يريد الدائن فى هذا الفرض أن يستوفى حقه من مدينه ، فيقبل أن يحل محل مدينه فى حق له متنازع فيه فى ذمة الغير فى مقابل ابراءه لمدينه .

٤- إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار . يتعلق هذا الاستثناء بعقار مرهون بيع لأحد الأشخاص ، وكان الرهن ضماناً لدين متنازع فيه مع مالك العقار . ويكون هذا الرهن نافذاً فى مواجهة الغير عن طريق الشهر . هنا يكون مكتسب ملكية العقار المرهون بمثابة حائز له ، ويكون له الحق فى تطهيره من الحقوق التى تثقله ، لذا يمكنه شراء الدين المضمون بالرهن ، وهو لا يقصد بذلك المضاربة بل تخليص العقار الذى آل اليه من الدين الذى يثقله (٢).

---

(١) الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٥.

(٢) البدراوى ص ٤٢٥.

٥- إذا تم التصرف فى الحق المتنازع فيه على سبيل التبرع .

٦- إذا كان المتصرف اليه فى الحق المتنازع فيه لا يعلم بالنزاع وقت التصرف ، ذلك ان الفكرة هى منع المضاربة ، ومن ثم فإن المشترى لا بد أن يكون عالمًا بالنزاع الواقع على الحق .

المبحث الثالث

ملكية البائع للشيء المبيع

(بيع ملك الغير)

(أ) المقصود ببيع ملك الغير :

يلزم لصحة عقد البيع أن يكون الشيء المبيع مملوكًا للبائع ، فالبائع لا يستطيع نقل ملكية شئ لا يملكه[1] . والمقصود ببيع ملك الغير هو أن يرد البيع على شئ معيّن بالذات لا يملكه البائع .

ولا نكون بصدد بيع ملك الغير إذا كان الشئ المبيع غيرمعيّن بالذات أو شيئًا مستقبلاً . ونفس الحكم بالنسبة للوعد بالبيع الصادر من غير المالك والبائع المالك تحت شرط واقف أو المعلقة ملكيته على شرط فاسخ . وكذلك الحال بالنسبة لتعهد الشخص بالحصول على رضاء المالك بالبيع الى الراغب فى الشراء .

ولا يعتبر البيع الصادر من المشترى بعقد غير مسجل بيعًا لملك الغير لا يسرى فى حق البائع الأصلى إلاإذا أجازه . إذ فى هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية اليه بل ان انتقالها يكون ممكنًا بمجرد تسجيل البائع عقد تملكه ، ولا يعنى عدم تسجيل العقد عيبًا فيه ، ذلك

---

(١) لا يستطيع شخص أن ينقل الى غيره حقًا لم يؤل اليه ، وإذن فمتى قضى نهائيًا برفض دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أطيان لبطلانه ، وكان المشترى بالعقار المذكور قد تصرف بالبيع الى مشتر ثان فإن الحكم إذ قضى برفض دعوى صحة ونفاذ العقد الثانى لا يكون قد خالف القانون . (نقض ١٩٥٤/١١/١١ طعن ٩٦ س٢١ق) .

التحقق من ملكية البائع للعين المبيعة . من أمور الواقع . استقلال محكمة الموضوع به متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

الطعن رقم ١٧ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٥/٤/٣٠ .

ان عقد البيع غير المسجل عقد منتج لآثاره ومنها الالتزام بنقل الملكية للمشترى وبتسجيل العقد تنتقل الملكية فعلاً متى كان البائع مالكاً للمبيع[1] .

(ب) البطلان النسبى لبيع ملك الغير :

قرر المشرع صراحة هذا الحكم بقوله : إذا باع شخص شيئًا معينًا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل أو لم يسجل[2].

وبطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى وحده دون البائع[3] . ويرد البطلان على العقد المسجل أو الغير مسجل لأن

---

(١) نقض ١٩٧٣/٥/٩ س٢٤ ص ٧٢٥ - نقض ١٩٦٤/٦/١ س١٥ ص٨١٤ .

(٢) م٤٦٦ : ٤٦٨ .

(٣) نقض ١٩٨٨/٢/١٤ طعن ١٣٥١ س٥٤ق .

وتقرر محكمة النقض بأن للمشترى دون غيره طلب ابطال هذا البيع من غير أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى فعلاً برفع دعوى الضمان على البائع، وإذا أقر المالك الحقيقى البيع فإنه يصبح نافذاً .

إذا صار البائع مالكاً للمبيع زال العائق الذى كان يحول دون نقل الملكية إلى المشترى بهذا البيع ، وإذا أصبح انتقال الملكية إلى البائع ممكناً فإن ابطال البيع يتعارض مع المبدأ القاضى بتحريم التعسف فى استعمال حق الابطال إذ لم يعد للمشترى مصلحة بعد ذلك فى التمسك بالابطال .

لما كان عقد البيع يرتب فى ذمة البائع التزاماً بنقل ملكية المبيع إلى المشترى وكان بيع ملك الغير لا يؤدى لذلك لأن فاقد الشئ لا يعطيه فقد أجاز المشرع فى المادة ١/٤٦٦ من القانون المدنى للمشترى دون غيره طلب ابطال هذا البيع من غير أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى فعلاً برفع دعوى الضمان على البائع إلا أن هذا الحق للمشترى لا ينهض له ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقى البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلى المشترى وكذلك فى حالة صيرورة البائع مالكاً للمبيع بعد العقد وهو ما قننته المادة ٤٦٧ من القانون المدنى بفقرتيها إذ فى هاتين الحالتين زال العائق الذى كان يحول دون نقل الملكية إلى المشترى بهذا البيع مما ينبنى عليه كذلك أنه إذا أصبح انتقال الملكية إلى البائع ممكناً فإن ابطال البيع فى هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضى بتحريم التعسف فى استعمال حق الابطال إذ لم =

التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً .

وتتقادم دعوى المشترى بابطال العقد طبقًا للقواعد العامة فى دعاوى الابطال بثلاث سنوات من وقت علم المشترى بعدم ملكية البائع للشئ المبيع أو بخمس عشرة سنة من وقت ابرام العقد[1] .

(ج) آثار بيع ملك الغير :

١- لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد . فالمالك يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذى لا يرتب أى أثر فى مواجهته ، ويحق له استرداد المبيع بدعوى الاستحقاق

= يعد للمشترى مصلحة بعد ذلك فى التمسك بالابطال ، وقد عبر المشرع عن اعتناقه لهذا المبدأ فى حالة طلب المتعاقد ابطال العقد فى حالة الغلط الذى يشوب رضاءه وذلك بما نص عليه فى المادة ١٢٤ من القانون المدنى من أنه (١- ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢- ويبقى بالأخص ملزمًا بالعقد الذى قصد ابرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد) . لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن البائع وإن كانت ملكية المبيع لم تنتقل إليه إلا أنه كان قد أقام ضد البائع له الدعوى رقم ٥٩٨٧ لسنة ١٩٨٢ مدنى الجيزة الابتدائية بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه وقضى فيها بالحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى فإن انتقال الملكية إليه قد بات ممكنًا وذلك حسبه فى إثبات زوال المانع من تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المطعون ضدهما وبالتالى لم تعد لهما مصلحة فى التمسك بابطال عقد البيع الصادر إليهما من الطاعن لمنافاة ذلك لما يوجبه حسن النية فى المعاملات ولتعارضه مع مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق . وإذ خالف الحكم المطعون فيه - بقضائه بالابطال - هذا النظر فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن . ولما كان من المقرر وفقًا لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ من قانون المرافعات أنه يترتب على نقض الحكم الغاء جميع الأحكام اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً لها فإن نقض الحكم فى قضائه بابطال عقد البيع المؤرخ ١٩٨٥/١٠/١٣ يترتب عليه نقض الحكم برفض دعوى الطاعن الفرعية قبل المطعون ضدهما باعتباره مؤسساً عليه . (نقض مدنى طعن رقم ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٨) .

(١) الطعن ٣٣٨٣ س ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/٦/٨ .

والتعويض إذا كان المشترى قد وضع يده عليه . وليس له طلب ابطال العقد لأنه ليس طرفاً فيه .

ويكفى المالك الحقيقى أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف فى حقه أصلاً إذا كان العقد قد سجل أما إذا كانت الملكية ما زالت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشترى من ملكه لأن يده تكون غير مستندة الى تصرف نافذ فى مواجهته[1].

فإذا كان الطاعن قد أقام دعواه أمام محكمة أول درجة طالبًا الحكم بابطال عقد البيع استناداً الى أن الأطيان المبيعة ملكه دون البائع ، فإن التكييف القانونى السليم للدعوى هو أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان العقد محل النزاع فى حق الطاعن ، وإذ كيّف الحكم المطعون فيه الدعوى بأنها دعوى ابطال عقد البيع وذهب الى أن طلب عدم سريان البيع بالنسبة للطاعن هو طلب جديد لا يقبل فى الاستئناف لعدم تقديمه الى محكمة الدرجة الأولى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون[2] .

٢- إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه ، وانقلب صحيحاً فى حق المشترى بأثر رجعى من يوم ابرام العقد . والاقرار قد يكون صراحة أو ضمناً [3]. ومثال ذلك ما قضت محكمة النقض بأنه: « إذا كان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على العقد بصفته وكيلاً عن باقى الملاك وثبت أنه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت ابرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم فى حصصهم فى البيع ، فإنهم متى أقروا البيع فإن العقد يسرى فى حقهم [4].

---

(١) نقض ١٩٨٨/٢/١٤ طعن ١٣٥١ س٥٤ .

(٢) نقض ١٩٧٧/١١/١٠ س١٨ ص ١٦٥٩ .

(٣) نقض ١٩٨٥/١١/١٠ طعن ١٧٢٤ س٥١ق ؛ وتقرر بأن « اجازة بيع ملك الغير عمل قانونى من جانب واحد يتم بارادة المقر الصريحة أو الضمنية » .
(الطعن ٣٢٦٤ س ٥٨ ق جلسة ١٩٩٩/١٢/٧) .

(٤) نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ س١٨ ص١٩٣٢.

وان توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله إلا بأنه اقرار لهذا البيع ، ومن الخطأ ألا يعتبر مثل هذا التوقيع اقراراً للبيع بمقولة ان الاجازة الصادرة من المالك الحقيقى والتى بمقتضاها يصحح العقد يجب أن تصدر من المالك فى صيغة اجازة صريحة(١) .

وينقلب البيع صحيحاً كذلك فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد . كما لو كان قد اشترى الشئ المبيع من مالكه أو آل اليه بالميراث (٢) . وكذلك الحال بالنسبة لمن سبق

---

(١) نقض ١٩٥٠/٤/٢٠ المجموعة فى ربع قرن ص ٢٦٧ .

– طلب المشترى إبطال عقد بيع أرض النزاع لعدم انتقال ملكيتها للبائع . ثبوت أن الأخير قضى له بالتصديق على الصلح فى دعواه بصحة ونفاذ عقد شرائه لتلك الأرض وصيرورة انتقال ملكية الأرض إليه بذلك ممكناً . انعدام مصلحة المشترى فى التمسك بإبطال العقد وتعارضه مع مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق .

– بيع ملك الغير . لا ينقل الملكية للمشترى . للأخير دون غيره . طلب إبطال هذا البيع ولو لم يتعرض له المالك الحقيقى بالفعل . م ١/٤٦٦ مدنى . صحة العقد فى حق المشترى بإقرار المالك الحقيقى له أو بأولوية ملكية المبيع للبائع بعد العقد . م ٤٦٧ مدنى. مؤداه . صيرورة انتقال ملكية المبيع إلى البائع ممكناً . طلب المشترى إبطال البيع فى هذه الحالة . تعارضه مع مبدأ تحريم التعسف فى استعمال حق الإبطال .

الطعن رقم ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٦/٤/١٨ .

(٢) إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى وحده فلا يكون لغيره أن يطلب ابطاله وطالما لم يطلب البطلان صاحب الحق فيه فإن عقد البيع يبقى قائماً منتجاً لآثاره بين طرفيه بل ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ومن لم فإن مقتضى تمسك المشترى بقيام العقد فى بيع ملك الغير أن يظل العقد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية بين المتعاقدين . وإن الدفاع الجوهرى الذى تلتزم محكمة الموضوع بتحصيله وتحقيقه والرد عليه هو الدفاع الذى يقدمه الخصم مؤيداً بدليله أو يطلب تمكينه من التدليل عليه وإثباته ويكون من شأنه لو صح تغيير وجه الرأى فى الدعوى . وأنه متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات تمسك بدلالتها فالتفت الحكم عن التحدث عنها كلها أو بعضها مع ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة فإنه يكون مشوباً بالقصور . لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك =

أن تصرف فى القدر المبيع ، إلا أنه قد استرد ملكيته بعدوله عن العقد الذى كان تصرف به فيه (١) .

٣- يسقط حق المشترى فى طلب ابطال البيع إذا أجازه صراحة أو ضمنًا ، وتزول قابلية العقد للابطال ، وينقلب صحيحًا فيما بين البائع والمشترى . ويبقى العقد قائمًا منتجًا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بنفيذ التزاماته ويعد هذا اجازة للعقد (٢).

ويعتبر البيع قائمًا منتجًا لآثاره الى أن يتقرر بطلانه بناء على طلب المشترى ، وله مطالبة البائع بتنفيذ ما ترتب على انعقاده وقبل تسجيله من حقوق والتزامات (٣) . وتنتقل هذه الحقوق وتلك الالتزامات من

= أمام محكمة الموضوع بأنه أوفى بالتزامه بتسليم السيارة ورخصة تسييرها بدلالة توالى البيوع عليها إلى أن تم نقل ملكيتها إلى أخرى وقدم تأييدًا لذلك المحضر رقم ١٥٧٧ لسنة ١٩٩٢ إدارى أبو قرقاص، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد حكم محكمة أول درجة القاضى بفسخ عقد بيع السيارة وأسس قضاءه على أن حيازة الطاعن للسيارة كانت عرضية وأنه غير مالك للسيارة وأنه لم يسلمها . أو رخصة تسييرها وقت التعاقد وخلص إلى أن تنفيذ العقد بالنسبة له يضحى مستحيلاً ورتب على ذلك قضاءه بالفسخ ورد الثمن وأورد بأنه لا ينال من ذلك ما ورد بالمحضر الإدارى رقم ٥٠٧٧ لسنة ١٩٩٢ لأنه حرر بعد صدور الحكم وكان هذا الذى أورده الحكم لا يواجه دفاع الطاعن ولا يصلح ردًا عليه ذلك أن بيع ملك الغير صحيح ونافذ بين طرفيه طالما لم يتمسك المشترى - المطعون ضده - ببطلانه - بل أن طلب فسخ العقد هو اقرار بصحته لأن الفسخ لا يرد إلا على العقود الصحيحة ، كما أن تحرير المحضر الادارى بعد صدور الحكم الابتدائى لا ينفى دلالته فى الإثبات وإذ حجب الحكم عن مناقشة ما جاء بالمحضر الادارى - رغم تمسك الطاعن بدلالته - والتى لو صح لتغير وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبًا بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى الأسباب . على أن يكون مع النقض الاحالة . (نقض مدنى عن رقم ٩٠٥٦ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١١) .

(١) نقض ١٩٤٤/٦/٨ مجموعة عمر ٤ ص ٤٠٣ .

(٢) نقض ١٩٦٣/١/٤ س١٤ ص ٢٩٨ .

- نقض ١٩٨٦/١٠/٢٢ طعن ١٧٨٠ س٥١ق .

(٣) المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عقد بيع ملك الغير إلى أن يتقرر ابطاله بناء على طلب =

كل من الطرفين الى وارثه . مؤدى ذلك التزام وارث البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى أو وارثه وبعدم التعرض له . وينقلب البيع صحيحًا فى حق المشترى بأيلولة المبيع الى البائع أو ورثته (١).

ويستطيع المشترى المطالبة بفسخ العقد على أساس ان البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية (٢)لأنه لا يملك الشئ المبيع. ويجوز للمشترى كذلك الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق إذا تعرض له المالك الحقيقى . أى أن المشترى يكون بالخيار بين فسخ البيع أو ابطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق(٣) . هذا بالاضافة الى الحق فى طلب التعويض عن كل ما أصابه من ضرر بشرط أن يكون حسن النية ، أى غير عالم بأن البائع لا يملك المبيع ولا يؤثر حسن نية البائع .

فإذا كان المشترى على علم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع كان له

=المشترى يبقى قائمًا منتجًا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب بتنفيذ ما يترتب على العقد من حقوق والتزامات شخصية وتنتقل هذه الحقوق وتلك الالتزامات من كل من الطرفين إلى وارثه فيلتزم وارث البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى أو وارثه كما يلتزم بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ، وهذا البيع ينقلب صحيحًا بأيلولة مكية البيع إلى البائع أو ورثته عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ من القانون المدنى . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بدفاع حاصله أن عقد البيع الابتدائى المؤرخ ٧٤/٩/٣ الصادر لمورثهم من مورث المطعون ضدهم عدا الأخير وإن ورد أصلاً على ما لا يملك وقابلاً للابطال لمصلحة مورثهم - بصفته مشتريًا - إلا أنه انقلب صحيحًا بعد أن آلت إلى البائع ملكية العقار المبيع ميراثًا عن زوجته فى حدود حصته الميراثية ، وأصبح ملزمًا ومن بعده ورثته بنقل ملكيته وبعدم التعرض للطاعنين وانتفاعهم به ، إلا أن الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع والرد عليه رغم أنه دفاع جوهرى قد يترتب عليه أن تحقق تغيير وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون مشوبًا بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه . (طعن رقم ١٨٤٥ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٥) .

(٢) نقض ١٩٨٥/١٢/٢٥ طعن ١٦١٨ س٥٠ق .

(٣) نقض ١٩٧٧/١/١١ س٢٨ ص٢١١.

(٤) الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٤ .

أن يطالب بابطال البيع ويسترد الثمن تبعًا لذلك ولكن لا يجوز له الحق فى أى تعويض [1].

٤- يصلح بيع ملك الغير لأن يكون سببًا صحيحًا لكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسى متى كان هذا البيع مسجلاً ، ولا يغيّر من ذلك أن يكون البائع فيه غاصبًا أو مستندًا فى تصرفه الى عقد باطل أو قابل للابطال أو معدوم . لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركنًا أو شرطًا لاعتبار التصرف سببًا صحيحًا للتملك بالتقادم الخمسى [2].

٥- تثبت الشفعة فى بيع ملك الغير وذلك كثبوتها فى كل بيع تم مستوفيًا لأركانه ولو حمل سببًا لبطلانه . ولو تبيّن ان المبيع كله أو بعضه مملوكًا للغير مما محله الرجوع على البائع [3] .

٦- لا يمثل البائع المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ، ومن ثم فالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى [4].

---

(١) نقض ١٩٦٧/٨/١٥ س١٨ ص١٥٠٠ .

(٢) نقض ١٩٨٨/٤/٢٦ طعن ٣٠٤ س٥٥ق .

(٣) نقض ١٩٧٩/١٠/١٠ س٣٠ ص١٧٣ .

(٤) نقض ١٩٦٥/١٠/٢٨ س١٦ ص ٩٢٩ .

الحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعة . حجة على المشترى الذى لم يكن قد سجل عقد شرائه عند صدوره . أساس ذلك . اعتبار المشترى ممثلاً فى شخص البائع له فى تلك الدعوى .

الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٥/٢/٩ .

المبحث الرابع
عقود المعلوماتية

Contrat d'informatiques

(أ) أهمية المعلومة :

أصبحت المعلومة تشكل حجر الأساس فى الحضارة الحديثة ، إما بسبب أهميتها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية ، وإما بسبب تأثيرها وتطورها عبر التقدم التكنولوجى ووسائل الاتصال الحديثة ، السمعية والمرئية والإليكترونية ، التى باتت تربط أرجاء المعمورة فى ثوان معدودة . وتظهر المعلومة ويتم تداولها فى أكثر من شكل أو مجال ، فهناك وسائل الإعلام ، والأدب والعلوم وبرامج الكومبيوتر والانترنت .. فهى فى كل مكان وتمثل حاجة ضرورية لكل مجتمع صناعى ، بل هى بمثابة سلطة حقيقية فى المجتمع المعاصر .

(ب) مفهوم المعلومة :

والواقع أن كلمة المعلومة l'information تستخدم للدلالة على أكثر من مضمون ، حيث يجرى تداولها فى مجالات عدة ، ونصوص تشريعية متنوعة ، وفروع قانونية مختلفة ، لعل أبرزها فى القانون الجنائى ، حيث يجرى تجريم نشر المعلومات المزيفة والمضللة ، أو إفشاء المعلومات الواجب الاحتفاظ بسريتها، أو التعديل على برامج المعلومات والمعطيات les données المتداولة على الانترنت ، أو جرائم الصحافة فيما يتعلق بالأنباء les nouvelles .

لذلك ليس هناك تعريف محدد وثابت للكلمة ، فهناك من ينظر إليها نظرة شمولية موسعة على أنها كل رسالة أو مضمون يتم نقله بأى طريقة لشخص آخر [1] ويرى آخرون أنها الشكل أو الحالة الخاصة بالمادة أو الطاقة

---

(١) Catala, Ebauche d'une théorie juridique de l'information D. 1984, P. 97.

التى من شأنها الأخبار أو الإعلام (١) . ولا شك أن تلك الأقوال تتسم بقدر كبير من العمومية وعدم التحديد ، ومن ثم يصعب القول باعتبارها سبباً للمساءلة القانونية . أن المعلومة تعد ، بالتأكيد ، عنصراً من عناصر المعرفة ، إلا انها ينبغى أن تنطوى أيضاً على إضافة جديدة أى معرفة إضافية . ويتضح ذلك من خلال المقارنة بين الوضع السابق على ظهور المعلومة والوضع اللاحق لها. حيث يترتب عليها إضفاء قدر أكبر من اليقين على الموضوع أو إنقاص درجة الشك والغموض حوله (٢).

والواقع أن هذا المعنى الضيق للمعلومة يرتبط بالنظرة العلمية لها ، ولكنها لا تقتصر على ذلك بل تمتد لتشمل كل نواحى الحياة والمجتمع وهى أمر نسبى ومتغير ، فما يعد معلومة بالنسبة للجمهور العادى قد لا يعد كذلك بالنسبة للأشخاص ذوى المعرفة ، ومن ثم فإن إذاعة معلومة خاطئة فى وسط متعلم قد لا يثير المسئولية ، بينما يختلف الأمر بالنسبة لعامة الناس ، حيث قد تسبب أضراراً معينة (٣).

(جـ) طبيعة المسئولية عن المعلومات :

تطورت المعلومة واحتلت مكانة هامة فى كافة نواحى الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فى عصرنا الراهن ، وأصبت محلاً للعديد من صور التعامل بين الأفراد والهيئآت والشركات ، على نحو يشكل موضوعاً للمسئولية العقدية . وخارج نطاق العلاقات التعاقدية يمكن أن ترتب المعلومة أضراراً تستوجب المسئولية التقصيرية .

(د) المعلومة وعقد البيع :

إن المعلومة كشىء غير مادى تقبل التصرف فيها بالبيع . لا تثور صعوبة

---

(١) Galloux, Ebauche d'une définition juridique de l'information, D. 1994, P. 229.

(٢) Huet, PTDC. 1988, P. 355.

(٣) Lamy , Droit de l'informatique, 1994, n. 522.

بالنسبة للمعلومات التى لا تعتبر محلاً لحق ذهنى . فالمعلومة التى يكتشفها الصحفى يمكن بيعها لوكالة أنباء أو تلفاز . أما بالنسبة للمعلومة موضوع الحق الذهنى ، فإنه نظراً لعدم جواز التنازل عن ذلك الحق فإن التصرف يرد على الدعامة المادية support materiel التى يتجسد فيها الحق ، مثل الكتاب أو الأسطوانة .

وفى كلتا الحالتين فإن المعلومة المبيعة ، سواء أكانت غير صحيحة أو ناقصة أو مغرضة أو خطيرة ، يمكن أن تسبب أضراراً للمشترى ، مما يستتبع إعمال قواعد المسئولية العقدية . مثال ذلك شراء كتاب به معلومة خاطئة من إحدى المكتبات ، نظراً لعدم وجود رابطة عقدية بين المشترى والمؤلف ، فإن رجوع الأول كمضرور على الثانى بالتعويض يتم طبقًا لأحكام المسئولية التقصيرية . ولكن ، فى هذا المثال ، تتواصل عدة عقود وراء دائرة التوزيع ، فهناك عقد بين المؤلف والناشر ، وآخر بين الناشر وصاحب المكتبة ، وثالث بين الأخير والمشترى . وانطلاقًا من تلك السلسلة التعاقدية ، فإن المشترى يمكنه الاستفادة من الدعاوى العقدية التى يتمتع بها صاحب المكتبة ضد الناشر ، ولكن استناداً إلى أى أساس ؟

هل يمكن القول بأن بيع الكتاب يتضمن التزامًا بالسلامة أو الأمان obligation de securité ، أو أن هذا الإلتزام يعد من ملحقات عقد بيع الكتاب ؟ الواقع أنه يصعب قبول ذلك ، لأنه إذا كان من المتصور فى عقد نقل الأشخاص وجود الإلتزام بالسلامة ، فإنه يبدو من العسير فرض مثل هذا الالتزام على بائع الكتاب(٢) .

وهل يمكن استناداً إلى المبادئ العامة ، القول بأن القارئ يتمتع بكل الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء فى مواجهة صاحبه ؟ بمعنى أن القارئ

---

(١) C.E. 14 mars 1986, G.P. 1986, J. pan. dr. adm. P. 475.

(٢) G. Viney, Chronique Responsabilité civile, JCP 1994 , éd. G. 3809.

كمضرور ، يتمتع بدعوى عقدية مباشرة ، فى مواجهة المؤلف ، استناداً إلى عدم مطابقة الكتاب المبيع للمواصفات الداخلة فى مضمون العقد ، وتنتقل هذه الدعوى إلى الخلف الخاص على التوالى[1] .

وهل يمكن القول بأن البيع الوارد على شيء ، يجسد عملاً يتمتع بحماية قانون الملكية الأدبيةوالفنية ، يرتب التزامات خاصة ، مثل الإلتزام بموضوعية المعلومة objective de l'information ؟ ان القول بذلك يعنى خصوصية البيع الوارد على العمل الذهنى . وعلى أية حال فإن المسئولية العقدية هى التى تقوم فى هذا المجال . وان كان القضاء قد استند فى بعض الحالات ، إلى المسئولية التقصيرية، تأسيساً على أن المؤلف أو الناشر قد ارتكب خطأ تقصيرياً أجنبياً عن تنفيذ الإلتزامات التعاقدية [2] .

(هـ) المعلومة والعقود الأخرى :

إن المعلومة يمكن أن تكون محلاً للعديد من صور المعاملات ، مثل الإيجار ، والترخيص بالإستعمال أو الإستغلال ، والإيجار التمويلى Crédit-Bail ،وبصفة عامة فإن المعلومات باتت تشكل موضوعًا لعمليات تجارية معقدة.

وإذا كانت طبيعة العلاقات القائمة بين المؤلف والناشر وصاحب المكتبة (البائع) والمشترى ، لا تثير ، الآن ، صعوبات معينة ، إلا أن هناك بعض الفروض التى تثور بصددها العديد من التساؤلات ، وبصفة خاصة فى مجال نقل المعلومات من المورد إلى العميل المستهلك ، حيث يتم ذلك عبر عقود الإمداد أو الإشتراك Contrats de fourniture ou d'abonement ، التى تتسم، عملاً ، بالكثير من التعقيدات ، بسبب تدخل الغير فى العقد .

(و) عقود برامج المعلومات :

إن المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلى أصبحت تهيمن على كثير من

---

(١) Cass. Ass. plén. 7 fév. 1986, JCP. 1986, II. 20616, note Malinvaud.

(٢) TGI Paris, 28 mai 1986, op. cit.

جوانب حياتنا المعاصرة فى أبعادها الاقتصادية والثقافية والاجتماعية ، وباتت تشكل ثروة تقنية وصناعية وفكرية عالمية مما استدعى التدخل لحمايتها على الصعيد الوطنى والعالمى ، وأدت إلى ظهور أنواع جديدة من العقود والمسئوليات ، وبعد التزاوج مع الإنترنت إحتلت جانبًا هامًا من التجارة الإليكترونية .

إن إنجار العملية المعلوماتية opération informatique يتم من خلال آداءات متنوعة ، ومن ثم تتجه إرادة الأطراف إلى استخدام قوالب قانونية مختلفة . فهناك توريد الأشياء المادية (أجهزة الحاسب الآلى) وهناك الأموال المعنوية (البرامج) إلى جانب الخدمات الذهنية (الدراسة والمشورة) والخدمات المادية (التركيب) .

ونكتفى فى هذا المقام باستعراض أهم عقود خدمات المعلومات ثم نبين خصائصها .

(١) بيع برامج المعلومات : يمكن أن يلجأ الشخص إلى شراء برنامج المعلومات ، ويحدث ذلك عندما يندمج البرنامج فى وسيط مادى يتم عرضه فى الأسواق مثل الإسطوانات والكتب ، ويبدو ذلك ، بصفة خاصة ، عندما يكون البرنامج جزءاً من مكونات الحاسب فيشمله عقد البيع .

ولكن ينبغى التنبيه إلى الطبيعة الخاصة لذلك البيع ، لأن الملكية لا تنتقل إلا بالنسبة للوسيط المادى (الإسطوانة مثلاً) حيث يكون للمشترى استعمالها لنفسه وليس له أن يبيعها للغير ، بل يظل مؤلف البرنامج صاحب الحق فى الملكية الفكرية ، بل ان هذا الحق يتمتع بحماية خاصة أوسع من المصنفات الأخرى . ومن ثم لا يجوز للمشترى أن يجرى نسخًا من ذلك البرنامج أو يستغله تجارياً دون إذن صاحبه الحقيقى[١] .

(٢) تأجير برامج المعلومات : يلجأ الشخص أحيانًا لتأجير البرنامج

(١) PH. Gaudrat, les contrat de fourniture de Logiciel, d. de l'informatique, 1986. 11. n. 40.

عندما يجد نفسه فى حاجة لاستعماله مدة معينة . ويتم اللجوء إلى ذلك فى حالة الاحتياج المؤقت وتوفيراً لنفقات الشراء المرتفعة بالنسبة للبرامج المتميزة . يتم التعاقد مع المالك على تقديم برنامج صالح للاستعماله طوال مدة العقد نظير الأجر المتفق عليه .

(٣) الترخيص باستعمال برامج المعلومات : يجرى العمل على إمكان ترخيص المالك لشخص باستعمال برنامج الحاسب فى مقابل نقدى يتمثل فى مبلغ مقطوع يتم دفعه مرة واحدة أو على دفعات دورية شهرية أو سنوية . ويتحدد نطاق الترخيص طبقاً للشروط الواردة فيه من حيث المدة وبصفة خاصة سلطات المرخص له وعما إذا كانت تقتصر على الاستعمال الشخصى أو عمل نسخ أوالإستغلال فى إطار معين .

(٤) عقد تسليم مفتاح (Clé en main) : نظراً لأن العمليات المتعلقة بالحاسب الالى ، سواء وردت على أموال مادية أو معنوية ، يجمعها ، أحياناً ، وحدة المحل والسبب والأطراف والغاية ، فإن العميل يلجأ أحياناً إلى محترف معين ليتولى اتمام العملية المعلوماتية برمتها : توريد الأجهزة والبرامج وتجربتها وتشغيلها وضمانها وتدريب العاملين عليها وصيانتها والمساعدة الفنية والإدارية والمشورة .

(ى) ملاحظات على عقود المعلوماتية :

أولاً : إن التصرفات الواردة على برامج المعلومات تثير الكثير من الجدل حول تحديد طبيعتها القانونية ، ولعل التكييف الأكثر شيوعاً ومحل إتفاق فقهاً وقضاءً هو اعتبارها من قبيل عقود المقاولة ، وينطبق على بعض صورها عقد الإيجار . ولعل التكييف الأكثر جدلاً هو عقد البيع لأن مؤلف البرنامج يحتفظ بعدد كبير من الحقوق على البرنامج على نحو يتعارض مع فكرة نقل ملكية الشيء المبيع ، أضف إلى ذلك أن مشترى البرنامج لا يملك بيعه للغير أو نسخه أو استغلاله ، لذلك يثور الجدل كذلك حول فكرة الإيجار التمويلى[1].

---

(١) F. Toubal, Le logiciel , nalyse juridique, Paris, P. 56.

ولا تثور صعوبة بطبيعة الحال بالنسبة للتصرفات القانونية الواردة على الجهاز (الحاسب الآلى) أو المعدات والتركيبات المادية من حيث الطبيعة ، فهى غالبًا ما تتعلق بعقود بيع ، ويمكن أن تكون إيجار أو إيجار تمويلى أو عارية .

ثانيًا : ولعل الصعوبة وراء ما سبق هو دقة تعريف تلك البرامج وتحديد طبيعتها وتنوع أنماطها وتعدد المشتركين فى إعدادها . فهناك المعلومات الثابتة على دعائم (وسيط مادى) ، وهناك بنوك المعلومات التى يتم إعدادهامن خلال معالجة المعلومات إليكترونيًا . وهناك العديد من برامج المعلومات :

- برامج تشغيل نظم الحاسب الآلى ، ومنها البرنامج الرئيسى fondarental أو البرنامج الأساسى Logiciel de base ، وبرنامج إدارة البيانات واستغلالها .
- البرامج التطبيقية programmes d'application .
- البرامج النمطية progiciels والبرامج الخاصة Logiciels .

ويثور التساؤل حول طبيعة المعلومات وعما إذا كانت تعتبر من قبيل الأموال إنطلاقًا من قيمتها الاقتصادية ، واستغلالها ماليًا ، ودورها فى تحسين أداء المشروعات الإنتاجية ، ولكن يصعب تطبيق فكرة الملكية المادية عليها نظرًا لطبيعتها الذهنية . ويصعب ، فى نفس الوقت ، تطبيق فكرة الملكية الذهنية لأنها لا تندرج ضمن المصنفات الأدبية والفنية [1].

ثالثًا : إن برامج المعلومات أقرب ما تكون إلى المؤلف الجماعى حيث يشترك فى إعدادها مجموعات من المتخصصين لحساب شركات عملاقة تجارية تنسب إليها وتحمل إسمها وملكيتها ، وهى صاحبة الحق فى التعاقد عليها ، ومن ثم فإن العقود المبرمة فى هذا الصدد تأخذ ، كقاعدة عامة ،

---

(١) M. Vivant, A propos des biens informatinnesl, J.C.P. 1984, P. 3132 .

حكم العقود السابقة من حيث طبيعتها التجارية وإنطباق وصف الإستهلاك والإذعان وتخضع لنفس الأحكام المترتبة على ذلك كما سنرى .

رابعاً : إن عقود المعلوماتية عديدة ومتنوعة ومتطورة ومتداخلة ، ومرجع ذلك هو طبيعة المحل ذاته ، ومن ثم فإن التعداد السابق ليس جامداً ، بل مجرد تمثيل للعقود القائمة فى فترة زمنية معينة ، ويمكن لهذه العقود أن تنشأ مستقلة ، ويمكن أن يجتمع أكثر من عقد فى عملية قانونية مركبة .

خامساً : إن هذه العقود يتم إبرامها وتنفيذ بنودها العقدية من كلا الطرفين عبر شبكة الإنترنت نفسها دون حاجة إلى الرجوع إلى الفراغ المادى الخارجى ، ومن ثم تخضع لأساليب الدفع والإثبات والتوقيع الإليكترونى .

سادساً : إن هذه العقود فى مجملها تتسم بالطابع التجارى ، وتعد من قبيل عقود الاستهلاك ، بل وأقرب ما تكون إلى عقود الإذعان ، ذلك إن مقدم الخدمة هو ، كقاعدة عامة ، شركات متخصصة ، ومحترفة ينطبق عليها وصف التاجر المهنى وتتعامل مع أفراد عاديين ينطبق عليهم وصف المستهلك، خاصة ، وإن تلك الشركات تضع شروط التعاقد فى صورة نماذج ثابتة لا تقبل المناقشة ومن ثم فهى تخضع للأحكام الخاصة بالعقد التجارى وعقد الإذعان وقواعد حماية المستهلك فى مواجهة المهنى والمنتج ، وخاصة فيما يتعلق بضمان الأمان ، كما سنرى بالتفصيل[1] .

سابعاً : إن هذه العقود يمكن أن تتصف بالطابع الدولى ، كما ذكرنا ، بالنسبة للعقود الإليكترونية من قبل[2].

ثامناً : هناك قاسم مشترك بين هذه العقود هو أنها ترتبط بشبكة الإنترنت التى تتسم بالعالمية والإنفتاح ويصعب السيطرة عليها ، ومن ثم فهى تنطوى على كثير من المنافع والمخاطر ، لهذا سادت بصدد تلك العقود قواعد سلوك محددة .

---

(١) أنظر ما يلى ص ٢٦١

(٢) أنظر ما سابق ص ٨٦

يلتزم مقدمة الخدمة ، كقاعدة عامة بتوفير الوسائل الفنية اللازمة لتنقية المواد المحملة على الشبكة filtrage ، بتحديد برامج تصنيف تلك المواد بين الممنوع والمسموح والمحايد ، ويختار منها صاحب الشأن ما يشاء ، والالتزام باحترام السرية وتوعية العملاء ، ومنع الدخول إلى المواقع غير المرغوب فيها ، والحق فى فحص وتصحيح مضمون الوثائق التى تبث على الشبكة ، واستبعاد كل مستخدم يخالف الالتزامات القانونية والعادات المرعية ، وحق إختيار نوعية المناقشات والأخبار التى تبث على الموقع .

ويلتزم مستخدم الشبكة والمستفيد من إمكانياتها باحترام قواعد السلوك الثابتة فى هذا المجال ، وإحترام القانون والأعراف ، وإحترام الحياة الخاصة ، وسرية الأشخاص وحرية التعبير وحقوق الملكية الفكرية[١].

ولكن الواقع العملى يكشف عن بيئة ضخمة ومعقدة يصعب إحكام قبضة الأمن والمراقبة والتحكم بشأنها ، حيث تزدهر عمليات القرصنة الفكرية وسرقة المعلومات المعالجة إليكترونياً والأموال والاعتداء على حقوق ومصالح وقيم مشروعة للغير ، مثل التلاعب بحسابات المصارف والتعرض لحرمة الحياة الخاصة وتزوير العلامات التجارية وتخريب البرامج وتدمير المواقع ، وبث الأمور التى تهدد الأمن وتخدش الحياء العام بما يسيئ إلى قواعد النظام العام وحسن الآداب ، لكل ذلك كان التدخل التشريعى لتجريم تلك الأفعال مما يثير المسئولية الجنائية والمدنية .

---

(١) Sinirlli, L'adéquation entre le village virtuel et la création normative, Melages M. Pelicher, P. 15.

الفصل الثالث
الأهلية والمنع من الشراء

(أ) أهلية الأداء - احالة :

يلزم لصحة عقد البيع توافر أهلية الأداء لدى كل من البائع والمشترى ، حيث أن البيع يعد من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر [١]. ونحيل فى هذا الصدد الى القواعد العامة التى تجد موضعها فى كتب المدخل الى القانون [٢].

يمنع القانون بعض الأشخاص - رغم توافر الأهلية لديهم - من التعامل فى بعض الحقوق ضماناً للموضوعية والحيدة أو تحقيقاً لمصالح معينة . ولنفس الحكمة يقرر القانون ، أحياناً، عدم صلاحية بعض الأموال للتعامل فيها .

(ب) النواب عن الغير والسماسرة والخبراء :

يعتبر الشخص نائباً عن غيره إما بالاتفاق مثل الوكيل[٣] ، وإما

---

(١) التعاقد على البيع لا يعتبر تاماً وملزماً إلا إذا تلاقت إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام بالبيع ونفاذه . مما يقتضى ايجاباً يعبر به المتعاقد الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى ابرام عقد يلتزم به المتعاقد الآخر أن ينقل ملكية الشيئ المبيع فى مقابل ثمن نقدى وإن يقترن فيه قبول مطابق له يصدر من هذا الأخير. والمقصود بالمتعاقد هو الأصيل بشخصه أو بمن ينوب عنه قانوناً ، وعلى ذلك فإذا صدر التعبير عن إرادة انشاء الالتزام بالبيع ممن لا يملك التعاقد أصلاً فلا ينتج العقد أثراً . نقض ١٩٩٠/٢/١ طعن ٩١٨ س٥٣ق .

(٢) أنظر مؤلفنا فى نظرية الحق ، الاسكندرية ٢٠٠٠.

(٣) التوكيل بالتوقيع على عقد البيع النهائى لعقار أمام الشهر العقارى . عدم اتساعه لابرام عقد جديد . اقامة الحكم قضاءه على التوكيل يخول الوكيل بيع العقار دون تحديد شخص المشترى . مخالفة للثابت فى الأوراق وخطأ فى تطبيق القانون .
الطعن رقم ٥٢٥١ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٤/٢/٨ .

بحكم القانون مثل الوصى والقيّم ، وإما بأمر من السلطة المختصة مثل السنديك والحارس القضائى[1] ومصفى التركة العام الذى يعهد اليه ببيع بعض أموال الدولة .

وضع المشرع حكمًا عامًا ينطبق على كل التصرفات بما فيها البيع مقتضاه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » [2] .

وبخصوص عقد البيع [3] : « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصًا عليه فى قوانين أخرى » .

لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم

---

(١) الحارس القضائى . نيابته عن ذوى الشأن فى مباشرة أعمال الإدارة . مباشرته لأعمال التصرف . شرطه . المادتان ٣٧٤ و ٧٣٥ مدنى . اقتصار مهمة الحارس على إدارة العقار الموضوع تحت الحراسة . أثره . انعدام صفته فى مباشرة دعوى فسخ عقد بيع إحدى وحداته .
الطعن رقم ٧٠٩٢ لسنة ٦٤ق – جلسة ١٩٩٥/١٢/١٢ .
بيع الطاعن الحانوتين محل النزاع إلى المطعون ضدهم بعد صدور الأمر بمنعه من التصرف . عدم طلب المدعى العام الاشتراكى بطلان هذا التصرف ورفض محكمة القيم فرض الحراسة على أموال الطاعن . أثره . عدم قبول تمسك الأخير ببطلان عقد البيع لصدوره منه فى فترة المنع من التصرف .
الطعن رقم ١٨٦٣ لسنة ٥٧ق –جلسة ١٩٩٥/٦/٢٢ .

(٢) م١٠٨ .

(٣) م٤٧٩ : ٤٨١ .

فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء كان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار .

وتمنع النصوص السابقة النائب من شراء المال المكلف ببيعه لنفسه سواء تم التعاقد باسمه صراحة أو باسم مستعار، وسواء كان البيع بطريق الممارسة أو بطريق المزاد .

ويصح البيع إذا أجازه من تم البيع لحسابه [1] ، أو أذنت المحكمة بذلك كما هو الحال بالنسبة للوصى ، أو نص القانون على ذلك كحالة تعاقد الأب مع نفسه باسم القاصر [2] .

ويذهب البعض إلى أن جزاء مخالفة الحظر فى الحالات السابقة هو البطلان النسبى لصالح الأصيل الذى يملك اجازته ، ويذهب الرأى الراجح إلى القول بعدم نفاذ التصرف فى حق من تقررت الحماية لصالحه .

(جـ) رجال القضاء وأعوانهم :

« لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً » [3] .

يشمل المنع الطوائف المذكورة ، وينصرف إلى شراء الحقوق المتنازع فيها أمام المحاكم التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها . ويستوى فى ذلك أن يتم الشراء بالاسم صراحة أو باسم مستعار . ولا يشمل الحظر الخبراء والمترجمين والفراشين والحجاب ووكلاء المحامين والحراس ورجال الشرطة ومأمورى الضبط القضائى لأن النص ورد بأسماء محددة على سبيل الحصر .

---

(١) مع مراعاة قواعد العرف التجارى التى تبيح للوكيل بالعمولة التعامل مع نفسه .

(٢) ما لم يكن هذا التعاقد بيعاً لعقار القاصر (م١٤ ، ٦ من قانون الولاية على المال) .

(٣) م٤٧١ .

ويعتبر الحق متنازعًا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أمام القضاء أو قام فى شأنه نزاع جدى ، ويتحدد نطاق الحظر بحسب درجة المحكمة التى ينتمى إليها القضاة وأعوانهم ، فرجال القضاء فى محكمة النقض يحظر عليهم شراء أى حق متنازع عليه فى جميع أنحاء الدولة ، وينحصر المنع بالنسبة لرجال محكمة الاستئناف والمحكمة الابتدائية كل فى حدود اختصاص محكمته دون المحاكم الأخرى . ولا تعتبر المحاكم الجزئية مستقلة بذاتها بل هى جزء من المحاكم الابتدائية وينظر إلى من يعمل فيها على أنه يؤدى وظيفته فى دائرة المحكمة الكلية كلها .

وبالنسبة للمحامين يحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها لدى أى محكمة يجوز لهم الترافع أمامها ولو لم يكونوا وكلاء فى النزاع . هذا بالاضافة إلى الحكم الخاص بالمحامين والقاضى بأنه : « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً »[(١)] .

وجزاء المنع فى الحالات السابقة هو البطلان المطلق لتعلق الأمر بالنظام العام ، ويجوز لكل ذى مصلحة التمسك به وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

(د) منع شراء الأرض الزراعية :

يضع القانون حداً أقصى لملكية الأرض الزراعية وهو خمسون فداناً للفرد، ومائة فدان للأسرة ، ووضع تحديداً خاصاً لملكية الأرض الصحراوية وهو ٢٠٠ فدان للفرد و٣٠٠ للأسرة إذا كانت الأرض تعتمد فى ريها على المياه الجوفية أو الطرق الحديثة كالرش أو التنقيط ، أما إذا تم الرى بالأسلوب التقليدى (الغمر) فإن الحد الأقصى ينخفض إلى النصف .

---

(١) م٤٧٢

ويجدر الاشارة أيضاً إلى القانون الذى يحظر تملك الأجانب للأرض الزراعية أو الصحراوية (١) .

إذا تم البيع بالمخالفة إلى أحكام النصوص السابقة فإنه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً (٢) .

---

(١) القانون رقم ١٩٦٩/٥٠ ، ١٩٨١/١٤٣ ، ١٩٦٣/١٥ ، ١٩٨٨/٥٦ . أنظر مؤلفنا: القانون الزراعى ، منشأة المعارف .

(٢) إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء بعد أن نص فى المادة الأولى على حظر تملك غير المصريين لتلك العقارات وفى المادة الرابعة على بطلان التصرفات التى تتم بالمخالفة لأحكامه نص فى المادة الخامسة على أن تبقى التصرفات التى تم شهرها قبل العمل به صحيحة ومنتجة لآثارها أما التصرفات التى لم يتم شهرها فلا يعتد بها ولا يجوز شهرها إلا إذا كانت قد قدمت بشأنها طلبات شهر إلى المأمورية المختصة أو أقيمت عنها دعاوى صحة تعاقد أو استخرجت بشأنها ترخيص بناء من الجهات المختصة وذلك كله قبل ١٩٧٥/١٢/٢١ . مما مفاده أن الأصل فى حكم هذا القانون هو عدم الاعتداد بالتصرفات الصادرة لغير المصريين عن تلك العقارات سالفة البيان ولم يكن قد تم شهرها قبل العمل بأحكام هذا القانون أما التصرفات التى عقدها المتمتعون بالجنسية المصرية فلا يلحقها هذا الحظر وتظل سارية بما ترتبه من حقوق والتزامات أى أن العبرة بجنسية المتصرف إليه وقت التعاقد ، فإن كان أجنبياً سرت عليه أحكام القانون سالف البيان . لما كان ذلك ، وكان البيّن من مدونات الحكم المطعون فيه أنه قد أقام قضاءه بعدم سريان الحظر الوارد بالقانون ٨١ لسنة ١٩٧٦ على زوجة المطعون ضده الثانى على سند من أنها كانت مصرية وقت ابرام العقد المؤرخ ١٩٥٣/٣/٢٥ مع المطعون ضده الأول وأن هذا العقد وإن لم يكن من شأنه نقل الملكية إليها لعدم تسجيله إلا أنه يرتب لها حقوقاً شخصية قبل المتعاقد معها المطعون ضده الأول يجوز أن يكون محلاً لحوالة الحق عملاً بالمادة ٣٠ من القانون المدنى فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ولا يعيبه ما تردى إليه من تقريرات قانونية زائدة بشأن ثبوت تاريخه بدعوى المطالبة بباقى الثمن إذ لم يكن لازمًا لقضاء الحكم ويضحى النعى على الحكم المطعون فيه بسبب الطعن على غير أساس . (طعن رقم ٦١٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٣/١٣) . ويجدر الاشارة فى هذا الصدد إلى أن التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة لا يتم بين الحكومة وطالبىّ الشراء إلا بالتصديق عليه ممن يملكه ، للمحافظين كل فى دائرة اختصاصه التصديق على البيع بعد موافقة اللجنة التنفيذية للمحافظة ، المادة الأولى من القرار الجمهورى ٥٤٩ س ١٩٧٦ ، اعتبار التصديق قبولاً بالبيع والرغبة فى الشراء ايجاباً . نقض ١٩٨٥/١٢/١٨ طعن ٦٧س ٥٥ق .

=

(هـ) عدم صلاحية المبيع للتعامل :

ولعل أهم مثال لذلك المال العام أى ذلك المخصص للمنفعة العامة .

وتوجد بعض الحالات الأخرى مثل :

حظر بيع الأراضى قبل صدور قرار التقسيم :

حظر بيع الأراضى المقسمة قبل صدور قرار بالموافقة على التقسيم الوارد فى المادة العاشرة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ . متعلق بالنظام العام . جزاء مخالفته . البطلان المطلق . لكل ذى مصلحة التمسك به وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها (١) .

حظر بيع المكان لأكثر من مشترى :

حظر المشرع على مالك المكان بيعه أو جزءاً منه لمشتر ثان بعقد لاحق

= وقضت كذلك بأن التعاقد بشأن بيع الأموال الخاصة للدولة لا يتم إلا بالتصديق عليه من وزارة المالية ، الايجاب يكون من قبل راغب الشراء ، القبول صدوره من وزارة المالية دون غيرها ، استلام الجهة البائعة الثمن أو جزء منه يكون على سبيل الأمانة وليس قبول للبيع ، المادتان ١٨ ، ١٩ من المنشور رقم ١٠٠ لسنة ١٩٠٢ الصادر من نظارة المالية . نقض ١٩٨٦/١/٢ طعن ٩٨٩ س ٥١ق .

وقضت بأن بيع أملاك الدولة الخاصة ، عدم تمام ركن القبول فيه إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية ، صدور قرار المحافظ بتمليك أراضى وضع اليد لشاغليها ، قضاء الحكم المطعون فيه بانعقاد البيع دون التحقق من توافر ركن القبول ، خطأ فى القانون . نقض ١٩٨٧/١٢/٢٧ طعن ٢٦١٤س ٥٦ق . نقض ١٩٧٧/١١/٩ س٢٨ ص١٦٣٩ .

« التصديق على بيع أملاك الحكومة فى نطاق المدن والقرى ، صيرورته من اختصاص المحافظين اعتباراً من تاريخ العمل بقرار وزير الاسكان ٥٢٢ سنة ١٩٦١ » نقض ١٩٨٧/٦/٢٣ طعن ١٩٠٨س ٥١ق .

« البيع الصادر من الهيئة العامة للاصلاح الزراعى ، اشتراط أن يكون لواضع اليد على الأرض الزراعية المشتغل بالزراعة ، اللائحة التنفيذية للقانون ١٠٠/١٩٦٤ لم تحظر على المشترى بيعها للغير » . نقض ١٩٨٥/١٢/٢٥ طعن ١٦١٨ س٥٠ق .

(١) الطعن رقم ٢٤٠٦ لسنة ٤٩ق – جلسة ١٩٩٤/١/١٣ .

بعد سبق بيعه لمشتر آخر . مخالفة هذا الحظر . أثرها . بطلان التصرف بطلاناً متعلقاً بالنظام العام . لا يغير من ذلك شهر التصرف أو تسجيله (١).

حظر التصرف فى العقار التعاونى خلال السنوات العشر التالية للتخصيص:

العقار التعاونى الذى حظر المشرع التصرف فيه خلال السنوات العشر التالية للتخصيص . هو المملوك لإحدى جمعيات التعاون الاسكانى والمخصص لأحد أعضائها . المواد ١ ، ٦ ، ١٠ ، ٢٢ من قانون التعاون الاسكانى ١٤ لسنة ١٩٨٩ . تمويل هيئة تعاونيات البناء لمشروع مبان أقامتها وزارة الدفاع لا يدل بذاته على ملكية المبانى لإحدى الجمعيات التعاونية (٢).

(١) الطعن رقم ٢٣٣٦ لسنة ٥٦ق – جلسة ١٩٩٤/١/٢٦ .

(٢) الطعن رقم ١١٢٣ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٤/٩/٢٠ .

الفصل الرابع
حماية المستهلك فى البيع

لازال المركز القانونى للمستهلك فى القانون المصرى خاضعًا للقواعد العامة المتمثلة فى وجوب تنفيذ العقد طبقًا لمبدأ حسن النية ، وتحديد مضمونه طبقًا لما هو من مستلزماته وفقًا للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام . هذا بالإضافة إلى القواعد الخاصة بعقود الإذعان . بينما تطور التشريع العالمى المعاصر فى هذا الصدد لمواجهة تغير الأوضاع التعاقدية والتقنية الحديثة بهدف توفير حماية خاصة للمستهلك .

ولعله من المناسب فى هذا المقام بيان ذلك التطور على الصعيد الأوروبى عامة والفرنسى خاصة ، لعلها تكون هاديًا للمشرع لتطوير القانون من جهة ومرشدًا للقضاء فى تفسير النصوص القائمة من جهة أخرى ، أضف إلى ذلك أن المصريين بالضرورة ، فى ظل نظام العولمة ، وسريان اتفاقيات الجات ، والطابع الدولى للمعاملات الإليكترونية ، سيتأثرون ، سلبًا أو إيجابًا ، بالقواعد الأوروبية السارية فى هذا المجال .

نعرض لتلك القواعد عبر ، بيان ملامح تطور حماية المستهلك ، وحماية المستهلك عند ابرام العقد .

المبحث الأول

الملامح العامة لحماية المستهلك

(أ) أهمية وتطور المسألة :

إن التقدم الهائل فى عالم المعلوماتية والاتصالات اللاسلكية وعلى رأسها الإنترنت أصبح يشكل وسيلة إغراء وجذب للمستهلك لفتح الطريق أمامه إلى عالم التجارة الإليكترونية التى شهدت بدورها تطوراً هائلاً ، سواء فى التقنية أو فى حجم رؤوس الأموال وجمهور المتعاملين ، أو فى تنوع المجال بين المنتجات والسلع والخدمات والإعلانات ، أو تباين صور المعاملات بين البيع والإيجار والمقاولة ... الخ .

ولا شك فى استقلال طبيعة المعاملة الإليكترونية وبروز سماتها الذاتية من حيث أسلوب الإعلان عنها والتفاوض بشأنها وكيفية إبرامها وتنفيذها ، ونمط التسليم والدفع والإثبات فيها . أضف إلى ذلك أن المعاملات الإليكترونية تتم عبر شبكة دولية للإنترنت لا تعرف الحدود ، ومن ثم فهى تمتد لتشمل كل مناحى الكرة الأرضية ، لهذا كان من الطبيعى بروز الحاجة لتوحيد النظام القانونى لتلك المعاملات والتنسيق بين المراكز القانونية للمتعاقدين ، واتساع نطاق الحماية الخاصة بالمستهلكين .

~~(ب) الطابع الدولي للحماية :~~

انتشرت تشريعات حماية المستهلك فى كافة النظم القانونية المعاصرة ، وأصبحت تلك الحماية تتسم بالطابع الدولى ، وبصفة خاصة فى مجال المعاملات الإليكترونية . وتعدد المحاولات فى هذا الشأن ، فقد تبنت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (CNUDCI) فى ١٦ ديسمبر ١٩٩٦ نموذج قانون للتجارة الإليكترونية ، وآخر عن الغرفة التجارية الدولية (CCI) ، وأخيراً التعليمات الأوروبية الصادرة في ٢٠ مايو ١٩٩٧ فيما يتعلق بحماية المستهلك فى مجال التعاقد عن بعد ، والتعليمات الصادرة فى ١٣ ديسمبر

ولقد صدر قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ .

١٩٩٩ لوضع نموذج أوروبى بشأن أحكام التوقيع الإليكترونى ، والتعليمات الصادرة بشأن بعض الملامح القانونية لخدمات شركات المعلومات والتجارة الإليكترونية على صعيد السوق المحلية .

وينبغى الإشارة بصفة خاصة إلى الإرشادات التوجيهية لضمان حماية المستهلك الإليكترونى أو ما يطلق عليه Cyber Consimmateur الصادرة عن L'OCDE [1] فى ٩ ديسمبر ١٩٩٩ . ليس لهذه الإرشادات قوة الزامية ، ولكنها تسعى ببساطة لتشجيع الجهود المبذولة من قبل ممثلى المستهلكين وإبراز أهمية التعاون بين الحكومات والمشروعات والمستهلكين على الصعيد الوطنى والدولي .

(ب) طبيعة القواعد الحمائية :

ومن هذا المعترك أصبح موضوع حماية المستهلك ذا أولوية مطلقة . ويبدو ذلك بوضوح من التقرير الصادر عن مجلس الدولة بشأن الإنترنت والتجارة الإليكترونية ، حيث حظيت حماية المستهلك بإهتمام بالغ فيه ، فقد جاء فيه أن ازدهار التجارة الإليكترونية يتوقف على مدى وضوح النظام القانونى للمعاملات الإليكترونية وقدرته على توفير الثقة للمتعاملين بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة . ولا شك فى وجود أسس هذا النظام وركائزه ،ولا يمكن الإدعاء بوجود فراغ قانونى فى هذا المجال . ان التنظيم القائم قابل للتطبيق على كافة المعاملات الإليكترونية ، ولكن الأمر يقتضى إلقاء الضوء على التشريعات السارية المرشحة لحكم تلك المعاملات ومواجهة مشاكل الإنترنت .

وتتسم التشريعات الخاصة بحماية المستهلك فى هذا الصدد بالطبيعة الآمرة ، وتتعدد أوجه ومجالات تطبيقها : فيما يتعلق بتأمين المعاملات

---

(١) Organisation de coopération et de développement économiques
JOCE(L) 144,4 juin 1997, 91319 jan 2000, 128 du 8 mai 2000.

(٢) Lamy Bulletin d'actualité n. 121, jan. 2000, P. 15.

الإليكترونية فى مجال الوفاء والتسليم والإثبات ، وفى مجال حماية البيانات الشخصية للأفراد والمتعاملين ، وفى مجال الدعاية والاعلان عن السلع والخدمات بصفة عامة ، وبعض المنتجات كالأدوى بصفة خاصة ، وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق والقواعد التى تحكم تنازع القوانين بصدد عقود التجارة الإليكترونية .

لقد تم تقنين النظام القانونى الفرنسى لحماية المستهلك منذ عام ١٩٩٣ ، ومنذ ذلك الحين أصبح هناك تنظيم قانونى لموضوع البيع عن بعد . ولكنأمام ظهور وسائل الاتصال الحديثة ، وبصفة خاصة الانترنت ، ثار التساؤل عما إذا كان المستهلك فى التجارة الإليكترونية يتمتع بنفس الحماية التى يحظى بها على صعيد التجارة التقليدية . وبعبارة أخرى هل يلائم قانون المستهلك التجارة الإليكترونية ؟

عملت اللجنة الأوروبية على تقريب النصوص التشريعية واللائحية والإدارية للدول الأعضاء . دفعت تلك المجهودات البرلمان الأوروبى ومجلس الاتحاد الأوروبى إلى إصدار توجهات فى ٢٠ مايو ١٩٩٧ بصدد حماية المستهلك فى مجال العقو دالمبرمة عن بعد . يتعين على الدول الأعضاء تعديل وتطوير تشريعاتها الداخلية لتتفق وأحكام تلك التوجهات .

(*) المقصود بالمستهلك :

ويتعين بداية فى هذا المجال إبراز التفرقة فى مجال التجارة الإليكترونية بين التعاملات التى تتم بين المحترفين أو المهنيين التجار أى بين رجال الأعمال ، وتلك التى تتم مع جمهور المستهلكين Consommateurs أى بين التاجر والمستهلك . تبدو أهمية تلك التفرقة لتحديد نطاق تطبيق القواعد الآمرة الخاصة بحماية المستهلك .

وتثور الصعوبة ، فى هذا المجال ، بصدد وضع تعريف دقيق للمستهلك . وبالرجوع إلى القضاء وتوجيهات لجنة الشروط التعسفية نجد أن هناك عدة معايير . فقد ساد معيار الاختصاص فى البداية ثم حل محله معيار الصلة المباشرة (rapport direct) . كشف قضاء محكمة النقض عن أن المحترف هو

من يبرم تصرفًا تجاريًا للوفاء باحتياجات مهنته ، أما ان خرج التصرف عن مجال تخصصه البحث فإنه يكون بمثابة مستهلك غير خبير . ولكن يتضح من القضاء الحديث لتلك المحكمة أنها تبنت تعريفًا أضيق ، حيث استبعدت من نطاق حماية المستهلك كل المهنيين ، حتى لو أبرموا تصرفات خارج نطاق اختصاصهم ، طالما أن التصرف له صلة مباشرة مع النشاط المهنى(١) . فصاحب مصنع الأدوية الذى يتعاقد على شراء برنامج معلومات لإدارة مصنعه لا يعتبر مستهلكًا ، أما ان اشترى البرنامج لأولاده بالمنزل فإنه يعتبر كذلك .

يتفق هذا التطور القضائى مع التعريف الذى تبنته الجماعة الأوروبية للمستهلك بأنه يبرم تصرفًا منقطع الصلة عن نشاطه المهنى(٢) .

(ج) حماية البيانات الشخصية للمستهلك :

إن إبرام المعاملات الإليكترونية يؤدى ، فى أغلب الأحيان ، إلى إفضاء المستهلك بكثير من المعلومات الشخصية والبيانات الإسمية للمتعاقد معه . يتم الإفضاء بتلك البيانات بصورة مباشرة أو غير مباشرة قبل أو أثناء إبرام العقد . ويسهل التعرف على بيانات المستهلك ، كذلك ، من خلال تتبع إستخدامه للإنترنت للكشف عن ميوله ورغباته .

يتم إستخدام البيانات المذكورة ، أحيانًا ، فى غير الأغراض المخصصة لها ، مثل التصنيف الجنائى أو السياسى أو الدينى للأفراد أو الأهداف التجارية مثل التسويق المباشر ، كظهور إعلانات عن سلعة أو خدمة تتعلق بالكلمة أو الموضوع الذى يبحث عنه الإتصال بالمستهلك المشترك بخدمة الإنترنت والبريد الإليكترونى بهدف التسويق . ويترتب على ذلك إعاقة شبكة الإتصالات وتحميل المستهلك كثيرًا من النفقات فضلاً عن المساس بحريته وحياته الخاصة .

---

(١) Cass. Civ. 1995 m B.C.I. P. 510.

(٢) Art. B de la convention de Bruxelles du 27 sep. 1968.

لذلك ظهر الاتجاه الحديث لحماية المستهلك فى هذا المجال ، سواء باستخدام الأساليب الفنية اللازمة لمنع ذلك ، أو بأحقية المستهلك فى الاعتراض وطلب التعويض أو بالتجريم أحياناً.

(ج) حماية المستهلك فى البيع عن بُعد :

إن السمة البارزة للعقد الإليكترونى أنه يتم عن بُعد ، فالأطراف لا يتواجدون مادياً فى نفس المكان . لذا يخضع للنظام القانونى المنصوص عليه فى تقنين المستهلك . لم يورد هذا التقنين تعريفاً للتعاقد عن بعد ، إلا انه ورد بالمادة ١٤ من القرار الصادر فى ٣ ديسمبر ١٩٨٧ ، حيث قضى بأنه كل وسيلة فنية تسمح للمستهلك ، خارج الأماكن التقليدية لتلاقى الزبائن ، بطلب منتج أو تقديم خدمة . ويدخل فى ذلك كل وسائل الإتصال الحديثة من تليفون وتلكس وفاكس وفيديو وبريد ومطبوعات موزعة [١].

جاءت التوجهات الأوروبية الصادرة فى ٢٠ مايو ١٩٩٧ لتعرف البيع عن بُعد بأنه كل عقد وارد على مال أو خدمة ، يبرم بين مورد ومستهلك فى إطار نظام للبيع أو لتقديم خدمة عن بعد ، يتم تنظيمه عن طريق المورد الذى يلجأ إلى أسلوب أو أكثر من فنون الإتصال عن بعد كى يتوصل إلى إبرام العقد . يتضح من ذلك أن الأمر ينطبق على كل فنون الإتصال عن بعد ، أى كل أسلوب يتم اللجوء إليه للتوصل إلى إبرام العقد ، دون تواجد جسمانى متعاصر للطرفين : المورد والمستهلك . ويدخل فى ذلك المطبوعات التى يتم توزيعها ، والإعلانات عبر وسائل الإعلام والكتالوجات التى تنطوى على عروض للجمهور ، والتليفونات بكل صورها ، بما فيها النداء الآلى وكل الأساليب السمعية ، والبريد الإليكترونى ، والبيع بالتليفون ، والإنترنت .

ويخرج من هذا النطاق العقود المبرمة من خلال مراكز التوزيع الآلية ،

---

(١) J. o.10 dec. 1987.

والمحال التجارية الآلية ، وكذلك العقود المبرمة من خلال الإتصال باستخدام الكبائن التليفونية العامة .

خلاصة القول إذن أن تلك القواعد ترمى إلى ضمان تأمين المعاملات التجارية عن بعد ، كى تتم فى إطار تجارة إليكترونية ، أو عبر الوسائل التقليدية للتوزيع مثل البيع بالمراسلة أو بالتلفزيون (الوسائل السمعية أو البصرية) . ويقتصر تطبيق هذه الأحكام ، بطبيعة الحال ، على المعاملات بين الموردين والمستهلكين.

ونعرض لتلك القواعد على مرحلتين الأولى : حماية المستهلك الإليكترونى عند إبرام العقد ، ثم نبين تلك الحماية بمناسبة تنفيذ العقد .

المبحث الثانى
قواعد حماية المستهلك

نعرض للإلتزام بإعلام المستهلك ، ثم نبين ضماناته عند إبرام العقد ، وعند تنفيذه .

(أ) الإلتزام بإعلام المستهلك :

يجب أن يكون العرض المقدم بصفة عامة ، وعلى صفحة شاشة الإنترنت بصفة خاصة ، محدداً بدقة وواضحاً ومفهوماً . ولا بد من التأكد من ظهور كل البيانات الإلزامية الخاصة بالتعاقد مع العرض المقدم ، يستوى فى ذلك البيانات التى نص عليها قانون المستهلك الفرنسى أو تلك التى وردت فى التوجهات الأوروبية بصدد البيع عن بعد . تبدو أهمية هذا الالتزام بالنسبة لمقدم العرض ، حيث يقع عليه عبء إثبات وفائه بالإلتزام بالإعلام .

وينصب الإلتزام بالإعلام حول محورين أساسيين : الأول تحديد شخص البائع ، الثانى بيان سمات المال أو الخدمة وشروط البيع .

(ب) تحديد شخصية البائع :

إن من الأهمية بمكان بيان شخص البائع ، حتى يكون المشترى على بيّنة من أمره ، وربما كان ذلك محل اعتبار فى التعاقد ، ويتوافر به عنصر الأمان فى التعاقد عن بعد ، بالإضافة إلى أهمية ذلك التحديد فى بيان مركزه القانونى ووضوح التزاماته ومدى إمكانية تنفيذها .

وبصدد بيان شخص البائع فإن الأمر يتوقف على مكان الموقع الذى يتم العرض من خلاله ، حيث يتعين التمييز بين عدة فروض :

الأول : المواقع الموجودة فى فرنسا : يجب أن يتضمن العرض الموجود على الشاشة اسم المشروع ، وسبل الإتصال التليفونى به ، وعنوان مقره أو مقر المؤسسة المسئولة عن العرض ، والعنوان الإليكترونى ، وأن تتضمن

الفواتير الخاصة به الطلبات والأسعار والوثائق الإعلانية ، وكذلك الحال بالنسبة لمراسلاته وإيصالاته المتصلة بأنشطته ، حيث يجب أن تكون موقعة بإسمه وسجله التجارى ومكان التسجيل .

وبالنسبة للشركات التجارية التى يوجد مقرها بالخارج يجب بيان إسمها وشكلها القانونى ومركز إدارتها الرئيسى ، ورقم التسجيل فى الدولة التى بها مقرها .

الثانى : المواقع الموجودة فى دولة عضو فى الاتحاد الأوروبى: تقرر التوجهات الأوروبية السابقة بأن اللجوء إلى نظام التعاقد عن بعد لا ينبغى أن يمس بالمعلومات التى يتعين إمداد المستهلك بها ، وتضع إلتزامًا مشدداً على عاتق المورد بإعلام المستهلك ، حيث يجب تزويده ، فى الوقت المناسب وقبل إبرام العقد ، بالبيانات الآتية : شخص المورد وعنوانه ، خاصة إذا كان العقد يقتضى الدفع مقدماً . وينبغى فى جميع الأحوال بيان العنوان الجغرافى للمؤسسة الذى يمكن للمستهلك التوجه بطلباته إليه .

الثالث : المواقع الموجودة فى دولة أجنبية: هنا يفضل الرجوع إلى القانون الوطنى لتلك الدولة لإحتمال تطبيقه فى مثل هذه الفروض ، وما قد يترتب على ذلك من مشاكل تنازع القوانين .

وبصفة عامة فإن المجلس الوطنى للمستهلك (CNC) أعرب فى فتواه الصادرة فى ٤ ديسمبر ١٩٧٧ عن أن تسهيل دخول المستهلكين على المواقع التجارية يقتضى تقنين الإجراءات اللازم لتحديد هوية المواقع وشفافية وأمانة العروض التجارية المذاعة عبر الانترنت . ومن الأفضل ، قبل إبرام العقد ، أن تكون تحت تصرف المستهلك كافة المعلومات المتعلقة بالتجار والوسطاء المعروضين على الشبكة . ولا شك أن إعداد سجل ببيان الشركات الوطنية أو الأوروبية أو العالمية يسهل المهمة فى هذا الصدد ، حيث يتيسر على المستهلك الرجوع إلى ذلك السجل قبل الدخول فى العلاقة التعاقدية .

ولعله من الأفضل أن تحث الحكومات القائمين على السجلات التجارية الوطنية بوضعها على شبكة الانترنت . والزام المواقع التجارية بذكر بيانات

الزامية عن الإسم والعنوان بهدف من التواجد . ومن الأفضل تسليم شهادات تتضمن كل البيانات الخاصة بالموقع وجديته وأن تكون معتمدة من الجهات المهنية وجمعيات المستهلكين . ويمكن سحب هذه الشهادات من نفس الجهات فى حالة ثبوت غش أو تدليس المسئول عن الموقع فى مواجهة المستهلكين .

ونلاحظ من الناحية العملية أن بعض المواقع التجارية تقيم حلقات مناقشة يتبادل فيها المستهلكون وجهات النظر حول الخدمات المقدمة والمنتجات المعروضة .

إن مجموع التوصيات الصادرة بشأن التجارة الإليكترونية تقضى بوجوب تسهيل الوصول المباشر والدائم إلى المعلومات المطلوبة حول الموقع وأهمها الاسم والعنوان الجغرافى والإليكترونى وسبل الإتصال الدائمة ورقم السجل التجارى وترخيص مزاولة النشاط .وفى حالة النشاط المعنى ينبغى بيان النظام والسجل الخاص بالمهنة والقواعد المنظمة لها ورقم البطاقة الضريبية إن وجدت[1].

(جـ) بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة والشروط العامة للبيع :

يفرض قانون المستهلك على البائع العارض على الشبكة أن يبين بوضوح على الشاشة الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة ، وبصفة خاصة ، الصفات التى تتعلق بالكم والكيف ، والفترة التى تكون فيها قطع الغيار متاحة فى السوق ، والثمن بالعملة الفرنسية أو الأوروبية شاملاً كل أنواع الضرائب ، ومصاريف التسليم وموعده . وإذا كان ميعاد التسليم يزيد عن سبعة أيام يكون

(١) Le conseil d'Etat , Internet et les réseaux numériques , la documentation Française, 1998.

(٢) Article L. 111-1,2. L. 11131. L. 1114-1, L121-16.

للمستهلك حق الرجوع فى طلبه بخطاب مسجل بعلم الوصول خلال ستين يوماً تبدأ من التاريخ المذكور . ويجب أيضاً بيان فترة صلاحية العرض ، وتنبيه المستهلك إلى أنه يتمتع بحق العدول عن الصفقة خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع .

وقد وردت نفس الأحكام تقريباً فى توجهات ٢٠ مايو ١٩٩٧ بصدد البيع عن بعد ، حيث توجب تلقى المستهلك كل المعلومات فى الوقت المناسب قبل إبرام العقد . وتوجب أيضاً الالتزام بالوضوح ، حيث يتعين على البائع المحترف أن يبين الهدف التجارى من العرض ، وعما إذا كان مجانياً بقصد الدعاية والإعلان أم بمقابل . ويجب أيضاً أن تظهر على شاشة العرض إجراءات الدفع والتسليم والتنفيذ ، وميعاد التسليم بحد أقصى ٣٠ يوم ، وتكلفة استعمال وسيلة الاتصال عن بعد إذا تم احتسابها بطريقة مغايرة للسعر السائد .

وإذا تمت الصفقة عبر التليفون ، فإن المورد يلتزم ، فى بداية المحادثة مع المستهلك ، بالإفصاح عن شخصيته والهدف التجارى من المكالمة . ويجب إبراز المعلومات المتعلقة بذلك الهدف ، بصورة واضحة ومفهومة ، بالطريقة التى تتفق مع أسلوب الاتصال عن بعد . ولعل الجديد يتمثل فى إلزام المورد بتأكيد المعلومات السابقة للمستهلك ، كتابة أو بأى طريقة أخرى ثابتة يمكن اللجوء إليها فى أى حين ، فى الوقت المناسب قبل إبرام العقد أو بحد أقصى وقت التسليم . وتبدو أهمية الكتابة أمام الطابع الظنى أو الاحتمالى للمعلومات التى يتم تزويد المستهلك بها [1]. وينبغى أن تتضمن الكتابة أيضاً البيانات الخاصة بخدمة ما بعد البيع والضمانات التجارية المقدمة ، والعنوان الجغرافى للمؤسسة الموردة التى يمكن للمستهلك التوجه إليها بمطالباته وشروط فسخ العقد إذا كان مبرماً لفترة غير محددة أو لفترة تزيد عن سنة ، وشروط وإجراءات استعمال حق العدول عن العقد . ويستثنى من الالتزام

---

(١) Dinective du 8 juin 2000 du Parlement European et du conseil.

بالإعلام الكتابى عقود الخدمات التى يتم تنفيذها بأسلوب الاتصال عن بُعد ، وذلك بتقديم الخدمة دفعة واحدة ، ويتم دفع المقابل عبر وسيلة فنية للإتصال.

وتؤكد التوجهات الأوروبية نفس الشيء بالنسبة للتجارة الإليكترونية وبصفة خاصة الالتزامات الإضافية التى تقع على المورد ، فى هذا المجال ،ومن أهمها بيان إجراءات إبرام العقد بالأسلوب الإليكترونى وذلك بهدف ضمان الرضاء الحر والمستنير للمستهلك . يتم شرح الخطوات الفنية المختلفة واجبة الإتباع لإتمام الصفقة ، وبيان حفظ وتسجيل العقد فى أرشيف archivage وكيفية الرجوع إليه ، والأساليب الفنية التى تسمح بتصحيح الأخطاء الواقعة عند الحصول على البيانات ، واللغات المستخدمة فى صياغة العقد .

ويتعين لحماية المستهلك أن تكون البيانات السابقة موضوع الالتزام بالإعلام ، مصاغة بلغته الوطنية ، وألا تتضمن الإحالة لأى شروط عامة للبيع واردة فى نصوص إختيارية غير محددة (١) .

(د) ضمانات رضاء المستهلك :

طبقاً للقواعد العامة ، يلزم لإبرام العقد ، إعراب المستهلك ، صراحة أو ضمناً ، عن رغبته فى التعاقد بالشروط التى عرضها المورد . ومن الأهمية بمكان بيان الإجراءات التى تسمح للمستهلك بتأكيد خياراته والإعراب عن قبوله الواضح والمستنير للصفقة . تتمثل الوسيلة الإليكترونية للتعبير عن القبول، غالبًا ، فى مجرد الضغط على مفتاح Un simple clic sur une icône ، دون ترك أثر ملموس ، ولا يوجد مانع من إبرام العقد بتلك الطريقة بشرط تنبيه المستهلك بوضوح إلى أن مجرد الضغط على المفتاح يعنى القبول. ولضمان عدم وجود أى لبس بصدد القبول ، فإن العرض التجارى غالبًا ما يستتبعه صفحات إضافية على الشاشة تدعو المستهلك لإعادة تأكيد قبوله أو خياراته مرة ثانية .

---

(١) Art- 5.2 de la directive. Rapport du conseil d'Etat précité, P. 64.

وتحث التعليمات الأوروبية الدول على اتخاذ الاجراءات اللازمة لحظر توريد سلعة أو خدمة ، مصحوبة بفاتورة السداد إلى المستهلك دون أن يكون قد طلب ذلك ، وذلك لاعفائه من رفض هذا العرض غير أن يكون قد طلب ذلك ، وذلك لاعفائه من رفض هذا العرض غير المطلوب ، لأن عدم الرد أو السكوت لا يعنى القبول .

ولضمان عدم إجبار المستهلك على الرضاء أو مفاجأته بذلك يجب التفرقة يبن حالتين :

وجود أسلوب آلى للطلب دون تدخل إنسانى ، هنا يجب على المورد الحصول على الرضاء المسبق للمستهلك . وينطبق ذلك بصفة خاصة على طريقتى automate d'appel et télécopieur .

وجود أساليب فنية تسمح بالإتصال الفردى ، هنا لا يمكن استخدام هذه الأساليب إلا فى حالة عدم وجود اعتراض صريح من المستهلك .

ويوصى مجلس الدولة ، لضمان الإعراب الواضح عن رضاء المستهلك ، بأن يتم ذلك إما بالبريد الإليكترونى مع الالتزام بالاحتفاظ بالرسالة ، وإما بإجراء ضغطتين deux clics مستقلتين على موضعين منفصلين deux boutons : الأولى على مفتاح icône «أقبل العرض» والثانية تكون مسبوقة بعبارة يرجى إعادة تأكيد الطلب[١] .

(هـ) حق المستهلك فى العدول :

نظراً لأن المستهلك ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة المنتج والعلم بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد ، فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول droit de rétraction .

يقضى قانون المستهلك الفرنسى والتعليمات الأوروبية بأحقية المستهلك فى العدول عن الصفقة التى قبلها ، دون أن يتعرض لجزاء ودون إبداء

(١) Art- 8, 9 , 10 de la directive.

الأسباب ، وذلك خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام . وتزيد تلك المهلة فى التوجهات الأوروبية ، بالنسبة للخدمات ، حيث تقضى بأنه فى حالة عدم إحترام المورد لإلتزامه بالإعلام المكتوب ، فإن هذه المدة تصل إلى ثلاثة أشهر(1).

وتنص التوجهات مع ذلك على أنه ، فى حالة عدم وجود إتفاق مخالف، فإن حق العدول لا يمكن ممارسته بالنسبة لعقود توريد الخدمات التى بدأ تنفيذها بالإتفاق مع المستهلك قبل نهاية السبعة أيام ، وعقود توريد السلع والخدمات التى يتحدد الثمن فيها طبقًا لتباين أسعار السوق المالى التى ليس بوسع المورد السيطرة عليها ، وعقود توريد الصحف والمجلات والدوريات ، وعقود توريد التسجيلات الصوتية والمرئية وبرامج الحاسب المصممة بناء على طلب المستهلك .

ويذكر مجلس الدولة ، من جهة أخرى ، فى تقريره بأن حق العدول يجب ألا يسمح للمستهلك بالاستفادة من الخدمة دون أن يدفع مقابلها ، كإعادة برامج المعلومات والأعمال الأدبية والفنية للبائع بعد إعادة إنتاجها أو نسخها . لذلك فإن التوسع فى هذا الحق ينبغى قصره على الخدمات التى لم يبدأ استهلامها قبل نهاية مدة السبعة أيام بعد ابرام العقد . لهذا فإن حق الاسترداد أصبح قاصراً ، فى القانون الفرنسى ، على الأموال دون الخدمات .

وعلى أية حال فإنه يتعين النص بوضوح على مدى وجود الحق فى العدول ونطاق استعماله حتى يكون المستهلك على بيّنة من أمره . ولعل الأساليب الفنية الحديثة تقدم الحل المناسب فى هذا المقام ، كتمكين العميل من تجربة المنتج والحكم عليه بالطريقة التى لا تؤدى إلى المساس به أو استغلاله، أى التوفيق بين حقوق المستهلك وحق الموزع (2).

---

(1) Art. L. 121 du code de la consommation . art. 6 de la directive.

(2) Art. 5 de la directive.

أما فيما يتعلق ببدء سريان مهلة حق العدول ، فإن التوجهات الأوروبية تقيم تفرقة بين الأموال والخدمات :

- بالنسبة للأموال تبدأ المهلة من يوم إستلام المستهلك لها .

- بالنسبة للخدمات تبدأ المهلة من يوم إبرام العقد .

تكون المهلة أسبوع فى الحالتين ، وذلك بشرط أن يكون المورد قد أكد كتابة وفائه بالإلتزام بالإعلام . أما إذا لم يوف المورد بهذا الإلتزام إلا بعد إبرام العقد ، فإن المهلة تبدأ منذ ذلك الحين بشرط ألا تتجاوز مدة الثلاثة أشهر من تاريخ التسليم أو الإبرام .

- وأخيراً فمن الجدير بالذكر أنه إذا كان ثمن السلعة أو الخدمة موضوع التعاقد قد تم تغطيته كلياً أو جزئياً بإئتمان من المورد أو الغير للمستهلك ، فإن ممارسة هذا الأخير لحقه فى العدول يؤدى إلى فسخ عقد الائتمان دون تعرضه لأى جزاء [1].

(ل) شروط صلاحية العقد الإليكترونى لصالح المستهلك :

تكمن المشكلة فى إشتراط الكتابة ، أحياناً ، كدليل إثبات أو كشرط لصحة العقد لصالح المستهلك . فمن المقرر أن الكتابة لها وظيفتان الأولى إثبات التصرف ، الثانية وجود التصرف وذلك حيث يشترط القانون الكتابة كركن لإنعقاد التصرف يترتب على تخلفها بطلانه .

بعد صدور القانون الفرنسى فى ١٣ مارس ٢٠٠٠ بصدد تطوير قانون الإثبات لمواكبة تكنولوچيا المعلومات والتوقيع الإليكترونى ، أصبحت المادة ١/١٣١٦ من القانون المدنى تتحدث عن الكتابة الإليكترونية كوسيلة للإثبات فقط ، مما يثير التساؤل حول مدى صلاحية تلك الكتابة الحديثة بدلاً من

(١) Feral-Shuhl, op. cit.

الكتابة العادية فى حالة اشتراطها كركن فى التصرف أى شرطاً لصحته ، أى هل يعد العقد المكتوب إليكترونياً صحيحاً فى هذه الحالة ؟

تزداد أهمية هذا التساؤل بالنسبة لعقود الاستهلاك . مثال ذلك العقود التى تتم من خلال السعى إلى المستهلك فى منزله حيث يشترط قانون المستهلك ضرورة تضمين العقد جزءاً قابلاً للإنفصال يستطيع المشترى عن طريقه ممارسة حق العدول عن الصفقة ، ويتعين أن تكون كل النماذج أو الصور موقعة ومؤرخة من العميل . هذا الإجراء الضرورى لصحة التصرف كيف يتم إعماله فى التصرفات التى تتم عبر الإنترنت (١) .

ونفس التساؤل بالنسبة للقروض الإليكترونية ، حيث ينبغى ، فى عقد القرض كقاعدة عامة ذكر سعر الفائدة الإجمالى الفعلى بجانب كلمة القرض أياً كان موضوعها ، وهذا شرط لصحة اشتراط تلك الفائدة ، وبدونه يبطل الاشتراط ويتم تطبيق سعر الفائدة القانونية ابتداء من تاريخ القرض ، ويلتزم المقرض برد ما تقاضاه من فوائد زيادة عن ذلك . ويبطل بالتبعية شرط جدولة الدين والفوائد (٢) .

إن مواجهة تلك المشكلة يتم من خلال تطور مفهوم الكتابة كشرط لصحة التصرف ، خاصة وإن التوجهات الأوروبية بصدد التجارة الإليكترونية توجب على الدول الأعضاء العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الإليكترونية ، وألا يترتب على تطبيق النظام القانونى المساس بصحة هذه المعاملات أو آثارها لمجرد إبرامها بالأسلوب الإليكترونى (٣) . فإذا رفض القانون منح الكتابة الإليكترونية قوة ترتيب كافة الآثار القانونية ، فإنه سيكون بذلك مخالفًا لمقتضيات الجماعة الأوروبية ، أضف إلى ذلك أنه يكون مناقضًا للتوجهات الصادرة لحماية المستهلك فى العقود المبرمة عن بعد .

---

(١) N. Contis, les accordsde distribution à l'épreuve de l'internet , J.C.P.E.G. 2001 P. 752.

(٢) Cass.Com. 4 mai 1993 B.C. IV n. 170.

(٣) Art. 9 de la directive.

ومن الملاحظ كذلك أن التوجهات الأوروبية لا تضع أى شرط لترتيب كل الآثار القانونية على العقود التى يتم إبرامها بالأسلوب الإليكترونى ، بينما يضع المشرع الفرنسى شرطان للإعتراف بالكتابة الإليكترونية كدليل إثبات :

الأول : أن تسمح الكتابة بالتحديد الواضح لأطراف التصرف .

الثانى : وجود الكتابة وحفظها بالشروط والظروف التى تضمن سلامتها وبقائها [1] .

(م) التنظيم الخاص ببعض السلع والخدمات لصالح المستهلك :

يقيم القانون المدنى مبدأ حرية تداول الأموال والخدمات ، وحرية المعاملات التجارية بصدد كل ما لم يحظره القانون . وكقاعدة عامة يبطل كل تصرف متعلق بأمر أو شيء غير مشروع أو مخالف للنظام العام . أضف إلى ذلك وجود بعض السلع والخدمات والنشاط التجارى الخاضع لتنظيم قانونى خاص [2] .

ففى مجال الصحة يحظر بيع الأدوية إلا من خلال صيدلية مرخصة ، ولا يجوز السعى لتسويق الأدوية من خلال حث الجمهور على شرائها . ويحظر التعامل فى النظارات والعدسات المصححة للبصر إلا من خلال الأماكن المرخصة . وتوجد سلسلة من النصوص التى تحد من الإعلانات عن تسويق الأدوية والدخان والكحول والأسلحة [3].

وهناك بعض الأنشطة التجارية التى تخضع لتنظيم قانونى خاص . مثل شركات الألعاب واليانصيب والمشتريات والكسب عن طريق السحب والحظ وكذلك الشركات السياحية المنظمة للرحلات ، وشركات الاستثمار والأوراق

---

(١) art. 1318 C.C.F.

(٢) art. 1598 C.C.F.

(٣) art. 1.508. 512, 551 du C. de la sante.

المالية والبورصة وممارسة النشاط التأمينى . تلك الأنشطة تجد سوقًا رائجة فى عـالم الإنتـرنت ، إلا أنهـا تخـضع لتنظيم خـاص من حـيث القـائمين عليـهاوشروط ممارستهـا ، ومن ثم فإن أى تعامل بشأنها إليكترونيًا بالمخالفة للتنظيم القائم يعتبر باطلاً .

(و) الشروط التعسفية :

يستقـر الاتجاه المعاصر ، على بطلان كل الشروط التعسفية التى يتم فرضها على المستهلكين من قبل المنتجين أو الموزعين المهنيين لأن من شأنها خلق نوع من عدم التوازن العقدى بين حقوق والتزامات الطرفين . وينطبق ذلك على كافة العقود النموذجية أو تلك التى تبرم بين المحترف وغير المحترف. ولا شك أن ذلك ينطبق على جانب كبير من المعاملات الإليكترونية .

(ى) جرائم حماية المستهلك :

تحرص التشريعات المعاصرة على حماية المستهلك بصفة عامة ، وفى المجال الإليكترونى بصـفـة خاصة . لذا تم تجريم بعض الأفـعال التى تشكل إعتداءً عليه .

مثال ذلك جريمة الإهمال المؤدى إلى الإخلال بالإلتزام بالأمان بصدد المنتجات المعيبة (١). وجـريمة إسـاءة اسـتـخـدام المعلومـات التى يدلى بهـا المستهلك بمناسبة ابرام المعاملة الإليكترونية . وجرية استغلال ضعف أو جهل المستـهلك الإليكرونى بدفعه للالتزام بأى شكل من الأشكال ، إذا تبين من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع الموجودة بالالتزام أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط (٢).

---

(١) art. 213 du code de la consimmation .
J.P. Chazal, R.T.D.C, déc. 2000, P. 961.

(٢) م ٥٠ من قانون التجارة التونسى .

الباب الثانى
آثار البيع

إذا ما أبرم البيع ونشأ صحيحاً فإنه يرتب آثاره المتمثلة فى مجموعة من الالتزامات المتبادلة على عاتق كل من البائع والمشترى ، فالبائع يلتزم بنقل الملكية وبتسليم المبيع وبالضمان ، بينما يلتزم المشترى بدفع الثمن وبتسلم المبيع ، ونعرض لتلك الالتزامات اجمالاً فى الفصول التالية :

الفصل الأول : نقل الملكية .

الفصل الثانى : تسليم المبيع .

الفصل الثالث : ضمان المبيع .

الفصل الرابع : دفع الثمن .

الفصل الأول
نقل الملكية

يرتب عقد البيع التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشترى ، حيث يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى [1]، وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً .

وتختلف طريقة نقل الملكية بحسب ما إذا كان المبيع منقولاً أم عقاراً . بالنسبة للعقار فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل ، أما عن المنقول فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد إذا كان المنقول معيناً بالذات ، وإذا كان المبيع معيناً بالنوع فإن الملكية لا تنتقل إلا بالافراز .

ونعرض فى البداية لنقل الملكية فى المنقول ثم لنقل الملكية فى العقار .

---

(١) استيفاء عقد البيع أركان انعقاده وشروط صحته . أثره . التزام البائع بالقيام بما هو ضرورى لنقل الملكية إلى المشترى . م ٤٢٨ مدنى التزام البائع بذلك . التزام بعمل . جواز تنفيه عيناً

الطعن رقم ٢٥١٥ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥

- ضمان الكفيل للمشترى نقل ملكية العين المشتراه . أثره . للمشترى أن يطالب الضامن بهذه العين بعد أن آلت ملكيتها إليه ليس للكفيل إنكار حق المشترى فى اقتضاء الوفاء منه سواء كان هذا الانكار صراحة أو دلالة . علة ذلك

الطعن رقم ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ق - جلسة ١٩٩٥/١/٢٩

المبحث الأول

نقل ملكية المنقول

تتوقف طريقة نقل ملكية المنقول إلى المشترى بحسب ما إذا كان المبيع معيناً بنوعه أم بذاته ، فالمنقول المعين بالذات تنتقل ملكيته بمجرد العقد ، أما المنقول المعين بالنوع فلا تنتقل ملكيته إلا بالافراز .

المطلب الأول

نقل ملكية المنقول المعين بذاته

تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته من البائع إلى المشترى وبالنسبة إلى الغير بمجرد ابرام عقد البيع (١) ودون حاجة إلى أى اجراء آخر (٢) ، ولو لم يتم تسليم المبيع ، ويسرى نفس الحكم على كل من البيع الجزاف (٣) ، وبيع المحل التجارى (٤) .

---

(١) إذا كان المطعون ضده قد طلب تثبيت ملكيته للماكينة ، وإن ملكيته لها تثبت بالعقد دون تسجيل لأنه يقع على منقول ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتثبيت ملكيته على سند من ذلك العقد ، لا يكون مخطئاً فى تطبيق القانون . نقض ١٩٧٢/١٠/٢٨ س٢٣ ص١٢٢٥ .

(٢) يلاحظ أنه إذا كان الحق المبيع من الحقوق الواردة على أشياء غير مادية ، فإنه يرجع إلى القوانين الخاصة التى تنظمها لمعرفة طريقة انتقالها ، فمثلاً يشترط لنقل حق المؤلف أن يكون التصرف مكتوباً م٣٧ من القانون ١٩٩٢/٣٨ ، وبالنسبة لحقوق المخترعين يلزم لحجية التصرف على الغير التأشير به فى سجل الرسوم والنماذج الصناعية .

(٣) أنظر ما سبق ص ١٠٢ .

(٤) يعتبر بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بما فى ذلك حق الايجار بيع منقول . نقض ١٩٧٩/٢/٥ س٣٠ ص٤٨٢ . أنظر ما سبق ص ٦٨ .

(أ) الاتفاق على تأجيل نقل الملكية - البيع بالتقسيط :

يجوز للبائع والمشترى الاتفاق فى عقد بيع المنقول المعين بالذات على تأخير نقل الملكية إلى وقت لاحق على العقد أو تعليق ذلك على شرط ولعل الصورة الأكثر حدوثاً فى العمل هى تعليق انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن خاصة إذا كان مقسطاً . وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التى تبيع سلعها بالتقسيط - كالآلات وعربات النقل وكالأراضى التى تباع بأثمان مقسطة - فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ فى الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت إلى المشترى (١) .

فمن المقرر أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . وإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعًا للظروف أن يخفض التعويض . فإذا ما وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشترى يعتبر مستنداً إلى وقت البيع . ويعتبر المشرع مثل هذا العقد بيعاً ولو سمى ايجاراً (٢) .

(ب) قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وأثرها :

تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات بمجرد التعاقد ، ولا يشترط تسليم

---

(١) أنظر مؤلفنا شرط الاحتفاظ بالملكية ، الاسكندرية ٢٠٠٢ .

(٢) م٤٣٠ . مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٤٩ . أنظر ما سبق ص ٧٤ .

إن ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ من القانون المدنى من أن انتقال ملكية المبيع إلى المشترى فى حالة الوفاء بأقساط الثمن المؤجلة يعتبر مستنداً إلى وقت البيع إنما يشترط لاعماله عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل . (طعن رقم ١٦٩٦ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/٢/١) .

المنقول أو حيازته لاكتساب ملكيته . ويثور التساؤل فى هذا الصدد حول أثر قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية على ذلك المبدأ . فمن المقرر أن من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقًا عينيًا أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكًا له إذا كان حسن النية وقت حيازته (١) .

فإذا باع شخص منقولاً معينًا بذاته ولم يسلمه إلى المشترى ، ثم باعه مرة ثانية وسلمه بالفعل إلى المشترى الثانى ، فأى المشترين يفضل ؟ هنا يفضل المشترى الثانى استناداً إلى حيازته للمبيع كسبب لكسب الملكية بشرط أن يكون حسن النية أى غير عالم بالبيع الأول ، ولا يستطيع الاستناد إلى الشراء كسبب لكسب الملكية لأن الملكية انتقلت إلى المشترى الأول بمجرد العقد ولا يرتب البيع الثانى نقل الملكية لأنه صادر من غير مالك ، أى أن الملكية تنتقل إلى المشترى الثانى لا من البائع فهو غير مالك ، بل من المشترى الأول الذى أصبح مالكًا بمجرد العقد (٢) .

---

(١) م٩٧٦ .

Com. 8 jan 2002, Bull. 323 .

(٢) إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته يعتبر بيع منقول وتسرى فى شأنه المادة ٩٧٦ من التقنين المدنى التى تقضى بأن من حاز منقولاً بسبب صحيح وتوافر لديه حسن النية وقت حيازته يصبح مالكًا له ... وإن الحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك دون اشتراط أن تدوم الحيازة وقتًا ما ، إلا أنها لا تعتبر سنداً للملك إلا إذا كانت بنية التملك وهى لا تكون كذلك إلا إذا كان الحائز أصيلاً يحوز لنفسه لا لغيره وبحسن نية بأن يعتقد اعتقاداً تامًا أن من تصرف لما يتصرف فيه فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك انتفى حسن النية ، لما كان ذلك وكان الثابت من الاقرار المؤرخ ١٦٤/٤/٢٨ والموقع من الطاعن والمطعون ضده الثانى أن المطعون ضده الأول - بعد أن تنازل له الطعن عن نصيبه فى محل النزاع ووافقه المطعون ضده الثانى على ذلك - سلمهما المحل لادارته والتزما برده بأدواته إليه خاليًا من البضاعة فإن حيازة الطاعن للمتجر لا تكون أصلية لحساب نفسه بل هى عرضية لحساب المطعون ضده الأول ، ينتفى معها حسن النية فيما يدعيه من حيازة ناشئة عن بيع المطعون ضده الثانى له كامل المحل فى ١٩٦٧/٧/٨ لعلمه بعدم ملكية هذا المتصرف له ومن ثم فإن الطاعن يفتقر إلى الحيازة التى تصلح سنداً لملكيته ذلك المتجر . (طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٣/٥) .

نقل ملكية المنقول المعين بنوعه :

لا تنتقل ملكية الشئ المعين بنوعه بمجرد العقد بل يلزم إلى جانب ذلك الافراز [1] . ويقصد بالافراز تمييز الشئ المعين بنوعه وتحديد ذاتيته على نحو يصبح معيناً بذاته وذلك عن طريق الوزن أو الكيل أو العد أو التجنيب أو القياس إلى غير ذلك من الطرق التى تفصل المبيع عن الأشياء الأخرى .

يظل المشترى مجرد صاحب حق شخصى بعد ابرام العقد وليس مالكاً ، ولا يصير مالكاً إلا بعد افراز المبيع ولو لم يحصل التسليم ، والأصل أن يتم الافراز عند التسليم فى حضور المشترى ما لم يتفق على خلاف ذلك [2] .

ويلتزم البائع باتخاذ اللازم لافراز المبيع ، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى ، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض .

لا يؤثر الافراز فى تحديد من يتحمل تبعة الهلاك لأنها ترتبط بالتسليم ، فقبل التسليم تكون التبعة على البائع ولو تم الافراز ، وتبدو أهمية الافراز فى تحديد وقت انتقال ملكية المبيع ، والمفاضلة بين الدائنين عند افلاس البائع ، فقبل الافراز لا يعتبر المشترى مالكاً بل مجرد دائن عادى يخضع لقسمة الغرماء ، أما إذا تم الافراز قبل الافلاس فإن المشترى باعتباره مالكاً يستطيع استرداد المبيع ولا يخضع لمزاحمة باقى الدائنين .

---

(١) وذلك طبقاً للمادة ٩٣٣ التى تقرر أن المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بافرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ التى تقضى بأنه إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بافراز هذا الشئ .

(٢) السنهورى ص ٤٢٥ .

(أ) انتقال الملكية فى حالة البيع مع خيار التعيين :

يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك .

والبيع مع خيار التعيين يكون فيه التزام البائع تخييرياً ، ولا تنتقل فيه الملكية قبل حصول الخيار وتعيين المبيع ، وبتمام الخيار تنتقل الملكية بأثر رجعى أى من وقت ابرام عقد البيع [1] .

(ب) انتقال ملكية الأشياء المصدرة :

يقضى قانون التجارة بأن البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك .

يضع النص قاعدة مكملة تطبق على البيوع التجارية . مؤدى هذه القاعدة أن الافراز يتم مع التسليم ويترتب على ذلك انتقال الملكية وتبعة الهلاك بالتبعية ، أى أن كل ما سبق يتم فى نفس الوقت ، والمرجع فى ذلك هو اتفاق الأطراف . فإذا تم التسلم قبل التصدير ، فإن المشترى يصبح مالكاً للبضائع المصدرة منذ تصديرها ويتحمل تبعة هلاكها فى الطريق [2] . وإذا تم التسليم فى ميناء الوصول فإن تبعة الهلاك تكون على البائع .

وبالنسبة للعقود المدنية فإنه إذا وجب تصدير المبيع للمشترى ،

---

(١) م٢٧٥ . وفى حالة الالتزام البدلى يكون المبيع معيناً بذاته وتنتقل الملكية من وقت العقد ، يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر (م ٢٧٨) .

(٢) م٩٤ تجارى ويسمى البيع فى هذه الحالة البيع « سيف » CIF حيث يتم تسليم البضاعة عند الشحن وتنتقل ملكيتها إلى المشترى بوضعها على ظهر السفينة بحيث تصبح مخاطر الطريق على عاتقه ، ويلتزم البائع تبعاً لذلك بشحن البضاعة وابرام عقد نقلها ودفع نفقات النقل وابرام عقد التأمين لصالح المشترى ولحسابه وفقاً للشروط المعتادة وارسال المستندات إلى المشترى . نقض ١٩٦٩/٦/١٩ س٢٠ ص١٠٢٦ . =

فلا يتم التسليم إلا إذا وصــل إليــه ، ما لم يوجـد اتفاق يقضى بغير ذلك ، أى أنه فى حالة عدم وجود اتفاق أو عرف تجارى مخالف فإن التسليم لا يتم بمجـرد تصدير المبيع بل بوصوله إلى المشترى ، وتظل تبعة الهلاك على البائع إلى حين تمام التسليم عند الوصول ، ولا يؤثر فى ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت بمجرد العقد قبل تصدير المبيع المعين بالذات [١] .

(جـ) انتقال ملكية الشيىء المستقبل :

ان وجود المبيع ضرورى لانتقال الملكية . فإذا كان الشيء المبيع مستقبلاً غير موجود وقت التعاقد ، فإن ملكيته لا تنتقل إلى المشترى منذ لحظة وجوده، فبيع محصول الأرض لا يؤدى إلى نقل ملكيته إلا بتمام نضجه وتنتقل ملكية الشيء المبيع تحت التصنيع أو الانشاء منذ لحظة صلاحيته للتسليم بعد تمام [٢] .

=وهناك نوع آخر هو البيع « فوب » يشترك مع الأولى فى أن التسليم يتم فى ميناء القيام عند الشحن على ظهر السفينة وتنتقل ملكية البضاعة إلى المشترى منذ ذلك الوقت ويتحمل وحده مخاطر الطريق ، ويكمن الفارق فى أن المشترى هو الذى يتعاقد على نقل البضاعة والتأمين عليها أو ينيب البائع عنه فى ذلك بوصفه وكيلاً عنه . نقض ١٩٨٥/٤/٢٢ طعن ٤٤٥س ٤٢ق .

(١) م٤٣٦ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٩٥ .

المبحث الثانى
نقل ملكية العقار

نعرض فى هذا الصدد لثلاثة موضوعات : لزوم التسجيل لنقل الملكية ، آثار البيع غير المسجل ، دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع .

المطلب الأول
لزوم التسجيل لنقل الملكية

يلزم لانتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى ، سواء فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير ، تسجيل عقد البيع ، فمن المقرر أنه : « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى»(١) .

وطبقًا للقانون المذكور فإن جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل . ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية ، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن(٢) .

---

(١) م٩٣٤ مدنى ، م٩ من قانون الشهر العقارى .

(٢) إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الملكية فى المواد العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل إلا بالتسجيل سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه فى الفترة =

ويلزم التسجيل بالنسبة للبيع وكافة التصرفات الناقلة للملكية والحقوق العقارية بعوض أو بدون عوض . ولا يسرى نظام الشهر على الوقائع المادية [1] والحقوق الواردة على المنقول حيث تخضع لقاعدة الحيـازة ، أى أن الحيازة فى المنقول بحسن نية هى سند الحائز .

الفرع الأول
نظام الشهر وتطوره

(أ) الشهر العينى والشهر الشخصى :

تعرف دول العالم المتحضر نظامين للشهر : نظام الشهر الشخصى ونظام الشهر العينى . بالنسبة **للشهر العينى** فإنه يتم على أساس العين موضوع التصرف حيث تخصص لكل عقار صفحة فى سجلات الشهر تدوّن فيها كافة التصرفات الواردة على العقار . ويعتبر نظام الشهر العينى نظاماً قضائياً نظراً لأن التصرف لا يمكن شهره إلا بعد التأكد من صحته وسند المتصرف لذا تكون له حجية كاملة .

أما نظام **الشهر الشخصى** فيتم على أساس أسماء الأشخاص وخاصة اسم المتـصـرف ، ويعـيب هذا النظام أنه يمكـن أن يـؤدى إلـى الكثير من المتناقضات حيث يمكن شهر تصرفات متناقضة على نفس العقـار وذلك كالتصرف الصادر من المالك وآخر صادر من غير مالك ويقوم المتصرف إليه بالتصرف وهكذا . فنظام الشهر الشخصى هو نظام ادارى لا يتم فيه التحرى عن صحة التصرف المشهر ، لذا فإن الشهر فى هذا النظام لا يصحح تصرفاً باطلاً ولا يبطل تصرفاً صحيحاً .

=ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها . (طعن رقم ٢٨١٥ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦) .

(١) باستثناء واقعة الموت التى أخضعها المشرع لنظام الشهر لما ترتبه من آثار قانونية هامة خاصة فيما يتعلق بانتقال الحقوق العينية العقارية .

ويأخذ القانون المصرى بنظام الشهر الشخصى . ويحاول المشرع ادخال نظام الشهر العينى إلا أن صعوبة مسح الأراضى وتفتت الملكية يعد عقبة هامة أمام تطبيق ذلك النظام (١) .

ورغم صدور قانون السجل العينى إلا أنه لم يدخل بعد حيز التنفيذ الفعلى إلا فى مناطق محدودة . ويترتب على إعمال هذا النظام ان الحقوق العينية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالقيد فى السجل العينى ، وهذا القيد لا يكمل العقد ، كما هو الحال فى ظل نظام الشهر الشخصى ، بل يعتبر وحده مصدر الحق العينى ، وتكون للقيد حجية مطلقة حيث يصبح الحق المقيد غير قابل للطعن ، ولا يجوز اكتسابه بالتقادم . ويترتب على قيد العقار فى السجل العينى تطهيره من جميع الحقوق غير المقيدة أياً كان سبب عدم القيد(٢) .

(ب) تطور نظام الشهر العقارى :

ولقد مر نظام الشهر العقارى فى مصر بأربعة مراحل من التطور تتمثل فى:

١- قبل صدور التقنين المدنى القديم لم يكن فى مصر نظام للشهر العقارى ، بل وجد نظام المكلفات الادارية لبيان الأشخاص المكلفين

---

(١) صدر القانون ١٤٢ / ١٩٦٤ بالأخذ بنظام السجل العينى ليطبق تدريجيًا على المناطق التى يتم مسحها ، وصدرت لائحته التنفيذية رقم ١٩٧٥/٨٢٥ ، أضيفت بعض التعديلات بالقانون ١٩٧٦/٢٥ والقرار رقم ١٩٧٦/٩٤٨ .

(٢) القيد فى السجل العينى له قوة مطلقة فى الاثبات ، يترتب على ذلك حظر التملك بالتقادم فى مواجهة المقيدة به . الحقوق المستقرة فى ظل قانون الشهر العقارى استناداً إلى يوضع اليد المكسب للملكية يجوز قيدها فى السجل العينى متى رفعت الدعوى أو صدر حكم فيها خلال خمس سنوات من تاريخ سريان نظام السجل العينى على القسم المساحى الذى يوجد بدائرته العقار.

(الطعن ١٤٧٤ س٥٨ق جلسة ١٩٩٢/٧/٢٩) ، الطعن رقم ١٤٣٢ س٦٧ق جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥) .

بدفع الضرائب العقارية ، ومن خلال هذا النظام أمكن شهر الحقوق الواردة على الأرض ، حيث كان التصرف فيها يحرر بواسطة القاضي الشرعي بعد الترخيص من المديرية والتحقق من الحجج السابقة التي صدرت للبائع ثم يتم تسجيل التصرف في سجل خاص في المديرية .

٢- تبنى القانون المدني القديم نظام الشهر المقرر في فرنسا سنة ١٨٨٥ ، والذي لم يكن يستلزم الشهر إلا لانتقال الحقوق العينية العقارية بالنسبة للغير ، وتنتقل فيما بين المتعاقدين بالعقد وحده . كان النظام قاصراً على شهر التصرفات بين الأحياء دون الأسباب الأخرى لانتقال الحقوق كالميراث والوصية ، والتصرفات الكاشفة كالصلح . وقد أدى هذا النظام إلى الكثير من العيوب أمام تعدد جهات الشهر في ظله . وتسري أحكام القانون المدني القديم حتى الآن بالنسبة للتصرفات التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير ١٩٢٤ (١) .

٣- صدر قانون التسجيل عام ١٩٢٣ ليعمل به ابتداء من أول يناير ١٩٢٤ ولا زال معمولاً به حتى الآن بالنسبة للتصرفات التي تم شهرها في ظله . استلزم هذا القانون شهر التصرف لانتقال الحق فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، ونصت المادة الأولى على أن جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتي من شأنها انشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله أو زواله وكذلك الأحكام النهائية التي يترتب عليها شئ من ذلك يجب اشهارها بواسطة تسجيلها في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار أو في المحكمة الشرعية وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها في مواد الامتياز والرهن العقاري والاختصاصات العقارية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ

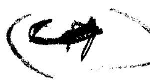
---

(١) إذا كان عقد البيع له تاريخ ثابت سابق على تاريخ العمل بقانون التسجيل ، فإنه ينقل، من غير تسجيل ، الملكية فيما بين المتعاقدين ، نقض ١١/٥/١٩٥٠ س١ ص٤٨٤.

ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم ، ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين .

٤- صدر قانون تنظيم الشهر العقارى فى سنة ١٩٤٦ ليعمل به ابتداء من أول يناير ١٩٤٧ . حاول المشرع تفادى بعض أوجه النقص بالقانون السابق ، فقد وحد جهة الشهر ونسق بين نظام التسجيل ونظام القيد [١] ، وأوجب شهر جميع التصرفات الواردة على حق عينى عقارى سواء صدرت من جانب واحد أو من جانبين ، بين الأحياء أو لما بعد الوفاة ، وكذلك الميراث الناشئ عن الوفاة ، والقرارات الادارية التى تؤدى إلى انتقال الملكية كمراسيم نزع الملكية وأوجب كذلك تسجيل التصرفات أو الأحكام المقررة للحقوق العينية العقارية الأصلية وذلك كالقسمة العقارية وشهر دعاوى الطعن فى التصرفات الواجبة التسجيل أو القيد للاحتجاج بها على الغير ، ومن أمثلة ذلك دعاوى البطلان أو الفسخ بالنسبة للتصرف الذى يتضمنه المحرر الواجب الشهر ، بالاضافة إلى الدعوى البوليصية ودعوى الصورية ودعوى صحة التعاقد.

الفرع الثانى



الأثر الفورى للتسجيل

استقرت محكمة النقض على أن الملكية تنتقل من وقت التسجيل ، وليس للتسجيل أثر رجعى . فالملكية لا تنتقل إلى مشترى العقار إلا بتسجيل عقد البيع ، كما أن التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه انشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار ونقله ، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى .

---

(١) يخضع لنظام القيد الحقوق العينية العقارية التبعية ، كالرهن الرسمى ، وتغيير الدائن الأصلى فى الديون المضمونة بتأمين عينى عقارى .

ولا يحتج على ذلك بأن قانون الشهر العقارى أجاز تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى لأن تقرير هذا الأثر ورد على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى ، وهذا استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه (١) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن استناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر معلقًا على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية (٢)، حتى إذا ما تحقق الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل ، ذلك غير صحيح ، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضى إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئًا عن ارادة المتعاقدين ، أما حيث يكون القانون قد أوجب اجراءاً معيناً ورتب عليه أثراً قانونيًا ، فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الاجراء ولا ينسحب إلى الماضى . فإذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين ، بمقولة أن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة فى الحد الشرقى يرتد أثره إلى تاريخ العقد ، فإنه يكون قد أخطأ(٣) .

---

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ س٢٩ ص١٥٧٠ .
نقض ١٩٥٠/١١/٢٣ س٢ ص٧٤ .

(٢) نقض ١٩٤٩/١٢/٢٢ س١ ص١١٨ .

(٣) نقض ١٩٤٩/١٢/٢٢ س١ ص١١٨ . وقضى أيضاً بأن ما تقضى به المادة ٣/٤٣٠ مدنى من أن انتقال ملكية المبيع إلى المشترى فى حالة الوفاء بأقساط الثمن المؤجلة يعتبر مستنداً إلى وقت البيع إنما يشترط لاعماله عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ، وإذ كانت الملكية – فى المواد العقارية – والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها وكان الثابت أن الطاعنين لم يسجلا عقد شرائهما للأرض محل النزاع إلا بتاريخ ١٩٧١/٣/٣٠ فإن الملكية لا تنتقل إليهم إلا منذ هذا التاريخ ويكون الحكم وقد التزم هذا النظر موافقاً لصحيح القانون . نقض ١٩٩٠/٢/١ طعن ١١٩٦ س٥٣ق

مؤدى ذلك ان العبرة فى تاريخ انتقال الملكية بتاريخ التسجيل وليس بتاريخ انعقاد العقد . فالملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير . وتاريخ التسجيل هو لحظة إتمام إجراءاته وفقًا لقانون التسجيل العقارى، فلا يعتد فى هذا الصدد بتاريخ تقديم طلب التسجيل أو تاريخ صدور كشف البيانات المساحية أو تاريخ سداد الرسوم أو تاريخ التصديق توقيعات الطرفين (١) . ولكن يختلف الحكم بالنسبة لتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد كما سنرى .

ويترتب على ذلك ان ملكية العقار تظل للمتصرف ولا يكون للمتصرف إليه قبل التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها .

الفرع الثالث

الأسبقية فى التسجيل عند التزاحم

تنتقل الملكية إلى المشترى وبالنسبة للغير من وقت اجراء التسجيل . فى حالة تزاحم مشترين لعقار واحد من مالك واحد فإن الأفضلية بينهما تكون لصاحب العقد الأسبق فى التسجيل (٢) ، أى إن العبرة بالأسبقية فى التسجيل عند التزاحم .

فإذا كان الشيء محل التصرف مملوكًا لشخص واحد وتصرف فيه بعقود متعددة إلى عدة أشخاص مختلفين ، فإن المفاضلة بينهم تكون على أساس الأسبقية فى تسجيل عقودهم . ولا تثور صعوبة إذا تم تسجيل العقود فى تواريخ مختلفة ، أما إذا تم التسجيل فى يوم واحد، فإن العبرة بأسبقية رقم التسجيل(٣) .

إن أساس المفاضلة بسبب أسبقية التسجيل هو ورود العقود المسجلة على

---

(١) نقض ١٩٧٨/٢/٢٣ س٢٩ جـ ١ ص ٨٠ .

(٢) نقض ١٩٥٨/٣/٢٧ س٩ ص٢٤٣ .

(٣) نقض ١٩٨٠/٥/١٩ طعن ١٥٨٩ س ٤٨ .

عقار واحد وأن تكون صادرة من متصرف واحد ، فإذا لم تكن صادرة من متصرف واحد ، فإن أساس المفاضلة بينهما إنما يتوقف على تحديد المالك الحقيقى بين المتصرفين (١) ، أى أن الأفضلية تكون للمشترى من المالك الحقيقى للمبيع ولو تأخر فى تسجيل عقده ، ولا يعتد بالتصرف الصادر من غير مالك (٢) .

فلا تنتقل الملكية لمشترى لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده ولذلك فإن لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها . فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغمًا من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكًا إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده (٣) .

ومناط المفاضلة بين العقود أن تكون كلها صحيحة وجدية، فلا مجال للمفاضلة بين عقد صحيح وآخر باطل ، بين عقد حقيقى وآخر صورى ، أى أن أسبقية العقد المسجل مشروطة بأن يكون هذا العقد جديًا غير صورى صحيحًا لا يشوبه بطلان ، ويعتد بالعقد الصحيح الحقيقى ولو كان هو اللاحق فى التسجيل (٤) . فالتسجيل لا يصحح عقدًا باطلاً ولا يحول دون الطعن عليه بالصورية . وثبوت الصورية المطلقة للعقد يرتب بطلانه ولا مجال للمفاضلة بين العقد الصورى والعقد الحقيقى (٥) .

---

(١) نقض ١٩٨١/٤/٧ س٣٢ ص١٠٧٣ .
نقض ١٩٨٧/٦/١٦ طعن ١١٣٥ س٥٣ ق .
(٢) نقض ١٩٧٥/١٠/٢٨ س٢٦ ص١٣٥٤ .
نقض ٢٠٠٠/٤/٢٠ طعن ١٥٦ س ٦٣ق .
(٣) م٢٣ من قانون الشهر العقارى .
(٤) نقض ١٩٨٦/١/١٢ طعن ١٦٨٤ س٥١ ق .
(٥) نقض ١٩٨٥/١١/٢٨ طعن ٥٤٩ س٥٢ ق .

والمشترى يعتبر من الغير ، فى أحكام الصورية ، بالنسبة لمشترى آخر من نفس البائع له يزاحمه فى الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشترى الآخر على القرائن وحدها فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (١).

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن التصرف الصادر من المورث إلى بعض الطاعنين لم يكن منجزاً أو أنه يخفى وصية للأسباب السائغة التى أوردتها ، فإنه لا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً ولا يحول دون الطعن فيه بأنه يخفى وصية (٢) .

= فمن المقرر أنه يشترط لكى ينقل التسجيل الملكية أن يكون العقد صحيحاً صادراً من مالك العقار وغير صورى، حيث تعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : الملكية لاتنتقل بالتسجيل وحده ، وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصلى أساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعى وهو التسجيل ، وإذن فالعقد الباطل أو الصورى لا يصححه التسجيل.
الطعن رقم ٣٥ س ٥٧ق جلسة ١٩٩٥/١٢/٢١ .

(١) نقض ١٩٥٠/١٠/٢٦ طعن ٢١١ س ١٨ ق .
المشترى بعقد مسجل أو غير مسجل . له التمسك بصورية عقد المشترى الآخر من البائع له صورية مطلقة . علة ذلك . أنه من الغير . م ٢٤٤ مدنى .
- عدم تحدث الحكم عما تمسك به الخصم من صورية عقد البيع . قصور .
طعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٧/١/٣٠ .
- المشترى بعقد غير مسجل . له أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر صورية مطلقة ولو كان مسجلاً أو انحسم النزاع بشأنه بين طرفيه باليمين الحاسمة . علة ذلك .
الطعن رقم ٤١٠٤ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٥/٤/٦ .
- مشترى العقار ولو بعقد غير مسجل . له أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة . اعتبار المشترى من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للعقد الأخير . له اثبات صورية هذا العقد بطريق الاثبات .
- سبق شراء الطاعن أرض النزاع بعقد بيع صدر إليه من مورثه وهو نفس البائع لتلك الأرض للمطعون ضدها الأولى . اعتبار الطاعن - بصفته مشترى من نفس البائع - من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة لعقد المطعون ضدها الأولى . أثره . جواز اثباته صورية هذا العقد بجميع طرق الاثبات .
الطعن رقم ٤٤٤٦ لسنة ٦٥ق - جلسة ١٩٩٦/٥/١٦ .

(٢) نقض ١٩٧٧/١٢/١٣ س٢٨ ص١٧٧٤ .

ولا يحول التسجيل دون الطعن على العقد بالدعوى البوليصية (١). وتطبيقاً لذلك قضى بأنه يجوز للمشترى الأول الدائن بالتعويض للبائع المعسر رفع الدعوى البوليصية بهدف عدم نفاذ البيع المسجل فى مواجهته مع غيره من دائنى البائع ، وليس من شأن الدعوى البوليصية أن تؤدى إلى تفضيله أو انتقال الملكية إليه بالعقد الابتدائى ، وتقرر محكمة النقض بأنه : متى تحققت الشروط المقررة للطعن بالدعوى البوليصية ، فإن مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى البائع ، ويكون من حق المشترى الذى لم يسجل عقده بوصفة دائناً بالثمن التنفيذ عليها جبراً استيفاء لدينه ، وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشترى إلى بعث عقده الابتدائى ومطالبته الحكم بصحته ونفاذه لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشترى الذى سجل عقده محملة بحق المشترى الذى لم يسجل بوصفه دائناً للبائع ، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ (٢) .

الفرع الرابع

المفاضلة بين التسجيل والتقادم المكسب

يفضل من يضع يده على العقار ويتملكه بالتقادم قبل صدور عقد البيع من المالك الأصلى لأن ملكية العقار تكون قد انتقلت بوضع اليد قبل البيع . ويفضل صاحب العقد غير المسجل إذا تملك العقار المبيع بالتقادم قبل تسجيل

---

(١) جواز الجمع بين الطعن بالصورية والطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف معاً متى كان الدائن يهدف بهما إلى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه . تمسك الطاعن بهما معاً أمام محكمة أول درجة وقصر طلباته على الحكم بعدم نفاذ تصرف مدينه . لا يجعله طلباً جديداً أوعارضاً عن طلبه الأصلى بصورية العقد . مخالفة الحكم المطعون فيه ذلك . خطأ فى تطبيق القانون (مثال بشأن عقد بيع) .

الطعن رقم ٩٠٨ لسنة ٦٠ق- جلسة ١٩٩٤/٥/٢٩ .

(٢) نقض ١٩٥٥/٦/٢ س١ ص٦٥٢ .

نقض ١٩٦٩/٦/٢٦ س٢٠ ص١٠٨٤ .

عقد البيع الثانى [1] .

وتطبيقًا لذلك قضى بأنه متى كان مدار النزاع هو التملك بوضع اليد وليس المفاضلة بين عقدين صادرين من بائع واحد أحدهما مسجل والآخر غير مسجل وكان الحكم إذ قضى بتثبيت ملكية المطعون عليهم للأطيان موضوع النزاع قد أقام قضاءه على ما استخلصه من وضع يدهم عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية وكان مبنى ما نعته الطاعنة على هذا الحكم من قصور أنه أغفل الرد على ما أثارته من أن عقد المطعون عليهم غير مسجل وأن الملكية لم تنتقل إليهم بل بقيت للبائع لهم حتى انتقلت منه إليها بتسجيل عقد البيع الصادر لها منه قبل انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ عقد المطعون عليهم ، فإن الطعن يكون على غير أساس ، وذلك أن التملك بوضع اليد هى واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكون بذاتها سببًا للتملك وتسرى على الكافة [2] .

وقضى بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بتملك المطعون عليه للقدر موضوع النزاع على وضع يده واكتمال هذا التقادم قبل صدور عقد الطاعن المسجل والصادر له عن نفس القدر من ورثة بكر ، واعتبر أن هذا العقد الأخير قد صدر ممن لا يملك المبيع لانتقال ملكيته إلى المطعون عليه، فإن النعى عليه بقوله تفضيل عقد المطعون عليه غير المسجل على عقد الطاعن المسجل يكون على غير أساس [3] .

وقضى بأنه يستطيع المشترى من غير المالك بحسن نية إذا سجل عقده تملك العقار بحيازته مدة خمس سنوات [4] .

---

(1) ولكن متى كان البائع للمشترين المتزاحمين بعقودهم واحداً فلا وجه لتمسك أحدهم فى وجه الآخرين بتملك المبيع بالتقادم القصير المدة ، نقض ١٩٤٩/١/٢٧ طعن ١٦٠س ١٧ق.

(2) نقض ١٩٥٠/١٢/٢٧ طعن ٨ س ١٩ق .

(3) نقض ١٩٧٢/٣/٢٣ س٢٣ ص٤٨٧ .

(4) نقض ١٩٦٧/٦/٢٩ س١٨ ص١٤٢٧ .

الفرع الخامس



ثبوت التاريخ وحسن النية

إن مناط المفاضلة بين العقدين الواردين على عقار واحد والصادرين من متصرف واحد هو أسبقية التسجيل دون ثبوت التاريخ . ولا يكفى لاعتبار العقد مسجلاً تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به ، إذ فى هذه الحالة فقط يحتج بالحكم من تاريخ تسجيل عريضة الدعوى (١) .

ولا يؤثر أن يكون البائع قد استصدر حكماً بالثمن على المشترى الأول لأن قبض الثمن أو الحكم إنما هو أثر من آثار الالتزامات الشخصية الناشئة عن العقد الذى لم يسجل ولا شأن له بالملكية وانتقالها الذى جعل القانون المناط فيه للتسجيل وحده (٢) .

ولا يعتد بحسن أو سوء النية عند المفاضلة بين المشترين ، بل العبرة بالأسبقية بالتسجيل مطلقاً ، بل أن محكمة النقض تذهب إلى أبعد من ذلك بقولها : إن الملكية تنتقل بالتسجيل ، ولو نسب إلى المشترى الثانى الذى سبق وسجل عقده التدليس أو التواطؤ مع البائع ، طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله(٣) .

---

(١) نقض ١٩٥٠/٤/٢٧ طعن ١٤٧ س١٨ق .

(٢) نقض ١٩٥٥/٢/٣ طعن ٣١١ س٢١ق .

(٣) الطعن بعدم نفاذ عقد البيع المسجل الصادر من البائع إلى مشتر آخر سجل عقد شرائه غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل ولو كانا سيئى النية .

الطعن رقم ٧١٠ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٥/٢/٢ .

- اجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله . أسبقية تقديم الطلب لجهة الشهر لا أثر لها . ادعاء حصول التسجيل السابق نتيجة غش أو تواطؤ بين من تم لصالحه وبين موظف =

إذن فلا يقبل من أى انسان لم يكن عقده مسجلاً أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده ، كما أنه لا يقبل مطلقًا الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثانى سيئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة (1) .

= الشهر العقارى المختص . عدم مراعاة المواعيد والاجراءات المنصوص عليها فى المادتين ٣٣، ٣٤ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ . لا يترتب عليه بطلان الشهر .

الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩٥/٥/٢١ .

(1) نقض ١٩٣٥/١٢/١٢ المجموعة فى ربع قرن ص٣٧٦ .

نقض ١٩٧٠/٤/٧ س٢١ ص٥٨١ .

نقض ١٩٨٧/٣/٤ طعن ١٣٩٧ س٥٣ق .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقد شرائه ولا يحول دون نقل الملكية أن يكون المشترى عالمًا بأن البائع له سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشترٍ آخر لم يسجل عقده ما لم يثبت أن عقد المشترى المسجل هو عقد صورى ، ولا ينتج فى إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشترى وقت شرائه بالتصرف غير المسجل الوارد على ذات المبيع ، كما لا يغير من ذلك أن يكون المشترى الثانى سيئ النية متواطئًا مع البائع بقصد الاضرار بالمشترى الآخر مادام أن عقده جدى صادر من المالك الحقيقى . نقض ١٩٩٠/١٠/١٨ طعن ٢٨٨ س٥٦ق . لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بصورية عقد شراء الطاعن الصادر إليه من المطعون ضده السابع ومن ثم بطلانه على ما استخلصه من أقوال الشهود وأوراق الدعوى من أن الطاعن كان يعلم بسبق شراء مورث المطعون ضدهم الستة الأول ذات الحصة المبيعة فى هذا العقد ، ودون أن يعتمد فى قضائه على أدلة أو قرائن أخرى تكفى لحمله ، ومن ثم فإنه يكون قد قام على قرينة فاسدة لا تصلح دليلاً على صورية هذا العقد بما يوجب نقضه طعن رقم ٢٨٨ س٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١٠/١٨ توقيع مشترى العقار على عقد صادر لآخر من نفس البائع على ذات المبيع لا يعد اقرارًا منه بانتقال ملكيته إلى الأخير يمنع من انعقاد عقد هذا المشترى أو يفيد صوريته. (طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/١٠/١٨).

الفرع السادس

التزاحم فى حالة بيع المكان

نص المشرع على بطلان بيع المكان الذى بيع من قبل ، ويبطل البيع الثانى ولو كان مسجلاً [1] ، والنص على بطلان البيع اللاحق ولو كان مسجلاً يعد تطوراً تشريعياً هاماً حيث يشكل خروجاً على الأحكام المستقرة فى النظام القانونى الحالى .

فالنص يعطى الأولوية للأسبقية فى التاريخ دون التسجيل مما يعد خرقاً لقاعدة الأثر الناقل للتسجيل وما يرتبه من أفضلية للمشترى الذى يسبق فى اتمامه فى البيوع العقارية ، وهو من جهة أخرى يقرر بطلان العقد المسجل الذى استكمل أركانه وشروط صحته بسبب خارجى يتمثل فى أسبقية التعامل على الوحدة السكنية بعقد مماثل .

ورأينا أن القواعد العامة لم تحظر بيع المكان أكثر من مرة بدليل أن تلك القواعد واجهت الفرض ونظمت المفاضلة بين المشترين الذين تتناقض عقودهم بالنسبة لنفس المبيع وقررت الأفضلية المطلقة لمن يسبق فى تسجيل عقده ، إلا أن المشرع ، إثر أزمة الاسكان الطاحنة وما صحبها من تلاعب بعض الملاك، تدخل وخرج عن القاعدة السابقة فيما يتعلق بالبيع الوارد على المكان وأهدر كل قيمة للأسبقية فى التسجيل إذا تعلق الأمر ببيع مناقض لبيع سابق على نفس المكان ، فالعقد اللاحق يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعارض محل الالتزام مع نص قانونى متعلق بالنظام العام بما سيترتب عليه امتناع اجراء المفاضلة بين العقود لأن مناط المفاضلة أن تكون كل العقود صحيحة [2] . ولا يحول تسجيل البيع الثانى دون الحكم بصحة العقد الأول ونفاذه

---

(١) م٢٣ من القانون ١٩٨١/١٣٦ الخاص بايجار الأماكن .

(٢) نقض ١٩٨٧/٢/٢٦ طعن ٢٣٢١س ٥١ق .

وقضت بأن تجريم بيع مالك المكان المبنى أو جزء منه لمشتر ثان بعقد لاحق بعد سبق بيعه =

لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن تجريم بيع المكان المبنى أو جزء منه لمشترٍ ثان بعقد لاحق بعد سبق بيعه لمشترى آخر مقتضاه بطلان كل تصرف لاحق لتاريخ هذا البيع ولو كان مسجلاً (١) .

وقضت أيضاً بأن بيع مالك المكان المبنى أو جزء منه لمشترٍ ثان بعقد لاحق سبق بيعه لمشترى آخر يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفة ذلك للنظام العام ، إذ أن مقتضى تجريم بيع المكان المبنى أو جزء منه فى هذه الحالة يرتب البطلان ، وهو ما اتجه إليه المشرع منذ أن صدر الأمر العسكرى رقم ١٩٧٣/٤ حتى صدور القانون ١٩٧٧/٤٩ ثم القانون ١٩٨١/١٣٦ والذى نص فى المادة ٢٣ منه على أن يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها فى قانون العقوبات المالك الذى يبيع وحدة من المبنى لغير من تعاقد معه على شرائها وأن يبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً (٢).

ويقتصر أعمال الحكم السابق على البيع الوارد على المكان ، والمقصود بالمكان هو نفس نطاق سريان قانون ايجار الأماكن ، حيث ورد الحكم ضمن أحكام هذا القانون ومن ثم يتقيد بمجال تطبيقه ، فالعلة من وراء هذا الحكم هى نفس الحكمة من قانون الايجار بصفة عامة ومن ثم يرتبط كلاهما بالاسكان وما يجتازه من أزمة (٣) .

ولكن محكمة النقض ذهبت مذهباً مغايراً وقصرت إعمال هذا الحكم على الوحدات السكنية فقط ، وذلك ابتداءً من تاريخ العمل بالقانون

=لمشترى آخر ، مقتضاه بطلان كل تصرف لاحق لتاريخ هذا البيع ولو كان مسجلاً .

– نقض ١٩٨٦/١٠/١٥ طعن ٩٧٠س ٥١ق .

(١) نقض ١٩٨٦/١٠/١٥ طعن ٧٩٠س ٥١ق .

(٢) نقض ١٩٨٢/١١/١٠ س٣٣ ص٨٨٧ .

(٣) أنظر مؤلفنا فى : تزاحم المشترين أو المستأجرين لنفس المكان ، ١٩٨٩ ، وأحكام قانون الايجار ، الاسكندرية ٢٠٠٥ .

١٩٨١/١٣٦ ، بعد أن كان الحكم عام التطبيق على كافة الأماكن فى ظل القوانين السابقة[1] .

ويبطل البيع اللاحق سواء كان صادراً من المالك أو من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبيهم ، ودون اشتراط توافر حسن النية لدى البائع ، ولو كان المشترى الثانى حسن النية لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بوجود البيع الأول .

فضل المشرع العقد الأول ولو كان غير مشهر على العقد الثانى ولو كان مسجلاً ، ويتم إثبات الأسبقية طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات [2].

ولا يلزم أن يكون العقد الأول ثابت التاريخ ، وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لما كان المشرع لم يشترط لاعمال هذا الجزاء (البطلان) أن يكون العقد الأول ثابت التاريخ أو مسجلاً ، وكان نعى الطاعن على صحة العقد الأول - باعتباره عقد اعرفيًا غير ثابت التاريخ على عقده المسجل - غير مقبول لما سلف بيانه فإن هذا النعى بدوره يكون فى غير محله [3] .

ويثور التساؤل حول مصير ذلك الحكم بعد صدور القانون ١٩٩٦/٤ القاضى بتطبق أحكام القانون المدنى على العلاقات الايجارية المبرمة ابتداء من تاريخ نفاذ القانون ١٩٩٦/١/٣١ . يمكن القول بعدم تطبيق الحكم الوارد

---

(١) الحظر من التصرف بالبيع المؤدى إلى بطلان التصرف اللاحق فى مفهوم المادة الأولى من الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ والمادة ٨٢ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . نطاقه . المكان المبنى أو جزء منه . صدور القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وقصره هذا الحظر على الوحدة السكنية فقط . مقتضاه . إلغاءً ضمنياً لحكم التشريعين السابقين فى هذا الشأن .
الطعن رقم ٣١٧٣ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٦/١٢/١٤ .

(٢) صورية تاريخ العقد . صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده ولا تتعداه إلى العقد ذاته . تمسك المشترى بصورية عقد بيع الوحدة السكنية لمشتر ثان صورية مطلقة وبإعطائه تاريخاً صورياً ليكون سابقاً على عقده تحايلاً على القانون . نفى الحكم الصورية المطلقة عن العقد لا يلزم عنه نفى الادعاء بالصورية النسبية . إغفاله وعدم الرد عليه . خطأ وقصور .
الطعن رقم ٢٢٣٦ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣ .

(٣) نقض ١٩٨٨/٥/١١ طعن ٨٣٨ س ٥٥ق .

في قانون إيجار الأماكن ابتداء من ذلك التاريخ ، وينبغى تطبيق القواعد العامة، ومن ثم تخضع عقود بيع الأماكن لتلك القواعد التى تقرر الأفضلية المطلقة لمن يسبق فى تسجيل عقده .

ولكننا نرى بقاء ذلك الحكم ووجوب العمل به حيث لم يرد فى القانون الجديد ما يفيد الغاءه صراحة أو ضمناً ، فالقانون يقتصر على تطبيق أحكام المدنى على العلاقات الايجارية الجديدة ، ولم يمتد حكمه إلى إلغاء الأحكام السابقة عليه ، خاصة وان الحكم محل الدراسة يتعلق بالبيع وليس الايجار .

الفرع السابع

التنازع بين المشترى من الوارث والمشترى من المورث

البيع لا ينقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى إلا بالتسجيل ، فإذا لم يسجل المشترى عقد شرائه بقى العقار على ملك البائع وانتقل إلى ورثته من بعده بالارث ، فإذا هم باعوه وسجل المشترى منهم عقد شرائه انتقلت إليه ملكيته لأنه يكون قد تلقاه من مالكيه وسجل عقده وفقاً للقانون ، وبذا تكون له الأفضلية على المشترى من المورث الذى لم يسجل عقد شرائه [1] .

---

(١) نقض ١٩٥٠/٦/١ المجموعة فى ربع قرن جـ١ ص ٣٨٠ .

إن البيع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا ينقل إلى المشترى ملكية العقار المبيع إلا بالتسجيل ، فإذا لم يسجل المشترى عقد شرائه بقى العقار على ملك البائع ويكون له ولورثته من بعده بيع العقار إلى مشترٍ آخر ، ولا محل للمفاضلة بين المشترين من ذات البائع أو المشترين منه والمشترين من ورثته بسبب تعادل سندات المشترين ، ومن مقتضى ذلك أنه إذا كان أحد المشترين قد تسلم العقار المبيع من البائع أو من ورثته من بعده تنفيذاً للالتزامات الشخصية التى يرتبها العقد فإنه لا يجوز بعد ذلك نزع العقار من تحت يده وتسليمه إلى مشترٍ آخر لذات العقار من ذات البائع أو من ورثته إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف أنه يضع يده على مساحة ٢ط ١ف تدخل ضمن الأطيان موضوع الدعوى بمقتضى عقد بيع عرفى =

وتطبيقًا لذلك قضى بأنه إذا لم يسجل المشترى من المورث عقده فلا تنتقل إليه الملكية ويبقى العقار على ملك المورث وينتقل منه إلى ورثته فإذا تصرف الوارث بالبيع بعد ذلك فى ذات العقار ، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفًا صحيحًا وإن كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد[1] .

لكن المشرع أعطى الأفضلية للمشترى من المورث ولو لم يسجل عقده إذا قام بالتأشير بحقه على هامش تسجيل حق الارث خلال سنة من تاريخ هذا التسجيل ، أى أن المشترى من المورث يكون فى هذه الحالة أفضل من المشترى من الوارث ولو كان هذا الأخير أسبق فى التسجيل .

فقد أوجب قانون الشهر العقارى [2] التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الاشهارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله .

= تاريخه ١٩٧٢/١٢/٢٨ صادر إليه من مورث المطعون ضدها وقضى بصحته ونفاذه فى الدعوى رقم ١٣٣٢ لسنة ١٩٧٣ مدنى محكمة قنا الابتدائية وبالزام المطعون ضدها بتسليم تلك المساحة إليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالزام الطاعن بأن يسلم الأطيان موضوع النزاع إلى المطعون ضدها دون أن يعرض لهذا الدفاع ويتناوله بالرد رغم أنه جوهرى يتغير به – إن صح – وجه الرأى فى الدعوى ، يكون مشوبًا بالقصور الذى يعجز هذه المحكمة عن مراقبة تطبيقه القانون على وجه الصحيح ، ومن ثم يتعين نقض الحكم المطعون فيه نقضًا جزئيًا فى هذا الخصوص . (طعن رقم ١٢٢٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٢/١٥) .

(١) نقض ١٩٧٧/٢٨ س٢٨ ص١٥٣٢ .

إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن البيع الصادر من المورث لا ينقل إلى المشترى ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل ، فإذا لم يسجل المشترى عقد شرائه بقى العقار على ملك المورث وانتقل إلى ورثته من بعده بسبب الارث ويكون للوارث ، كما كان لمورثه ، أن يبيع العقار لمشتر آخر ، إلا أنه فى هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث وذلك بسبب تعادل سندات المشترين ، ومن مقتضى ذلك أنه إذا كان أحد المشترين قد استلم العقار المباع من البائع له ، فإنه لا يجوز بعد ذلك نزعه من تحت يده وتسليمه إلى المشترى الآخر إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له . (طعن رقم ٣٤٢٠ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩١/٦/٩) .

(٢) م١٤ من القانون ١٩٤٦/١١٤ ، وقد منع القانون شهر تصرفات الوارث قبل شهر حق الارث ، وتجيز المادة ٤٨ لدائن التركة (كالمشترى من الوارث مثلاً) القيام بهذا الشهر .

ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقًا عينيًا عقاريًا وقام بشهره قبل هذا التأشير . فإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشترى البيع قبل موت المورث ثم باع الوارث العقار ذاته فإن المشترى من المورث يفضل على المشترى من الوارث إذا سجل عقده فى خلال هذه المدة حتى ولو سجل المشترى من الوارث عقده قبل ذلك (١) .

ومفاد هذا أن من يتلقى حقًا عينيًا عقاريًا من الوارث قبل انقضاء سنة على شهر حق الارث إنما يتلقاه على مخاطره وعليه أن يتوقع تقدم المتعامل مع المورث عليه ، ولما كانت الغاية من قيام المتعامل مع المورث بالتأشير بحقه فى هامش شهر حق الارث هى اعلان تمسكه بحقه هذا واعلام المتعاملين مع الوارث به خلال المهلة التى حددها المشرع ، وكان للمشترى من المورث الحق فى أن يرفع دعوى صحة عقده وأن يسجل صحيفتها ، فإنه متى تبين له هذا التسجيل قبل اشهار حق الارث أصبح فى غنى عن معاودة التأشير مرة أخرى بذات حقه فى هامش حق الارث الذى يتم شهره فيما بعد ، لأن التسجيل اجراء شهر يحاج به الكافة وتتحقق به الغاية التى تغياها المشرع من التأشير الهامشى المشار إليه (٢) .

ويكون الموصى له بعقار فى التركة إذا لم يسجل الوصية فى مركز الدائن ، فإذا أهمل الوارث شهر حقه لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه الذى يظل رغم خفائه عالقاً بأعيان التركة كما لو كانت مرهونة بها ، على أنه بالنسبة للوصية فنظراً للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١٩٤٦/١١٤ قد أخضعها للشهر بتسجيل المحرر المثبت لها بحيث يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق التى ترمى إلى انشائها لا تنشأ لا بين طرفيها ولا بالنسبة للغير فإنه يجب تسجيلها قبل مضى سنة من تاريخ شهر حق

---

(١) نقض ١٩٨٣/٢/٩ س٣٤ ص٤٦١ .
(٢) نقض ١٩٨١/٣/١٨ س٣٢ ص٨٥٧ .

الارث حتى يكون للموصى له أن يحتج بها على من تلقى من الوارث حقًا عينيًا على العقار الموصى به ولو كان المتصرف إليه قد شهر حقه قبل تسجيل الوصية [١] .

المطلب الثانى
آثار البيع غير المسجل

البيع غير المسجل لا ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، إلا أنه يرتب التزامًا على البائع بنقلها إلى المشترى ، ويرتب أيضًا كافة الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن .

~~الفرع الأول~~
أثر البيع غير المسجل على الملكية

١- يترتب على عدم تسجيل البيع أو التصرفات العقارية بصفة عامة أن حق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم [٢] .

٢- فإذا لم يسجل المشترى عقد شرائه بقى العقار على ملك البائع وينتقل إلى ورثته من بعده بالارث [٣] . ولكن الوارث لا يستطيع التعرض للمشترى من مورثه أو يتمسك ضده بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث[٤] . وإذا مات المشترى قبل التسجيل فإن الملكية لا تنتقل إلى ورثته ، ولكن هؤلاء الورثة يمكنهم مطالبة البائع أو ورثته بنقل الملكية إليهم .

---

(١) نقض ١٩٨٣/٣/١٧ س٣٤ ص٧٠١ .

(٢) م ٩ من القانون ١٩٤٦/١١٤ .

(٣) نقض ١٩٧٧/٦/٢٨ س٢٨ ص١٥٣٢ .

(٤) كما سنرى ص٢٠٠ ، ويستطيع الوارث التصرف فى العقار مما يثير التزاحم بين المشترى من المورث والمشترى من الوارث كما عرضنا من قبل ص ١١٩ .

٣- ويستطيع دائنوا البائع التنفيذ على العقار إذا سجلوا تنبيه نزع الملكية قبل تسجيل المشترى لعقده [(١)] . أما بعد التسجيل فإن دائنى المشترى وحدهم هم الذين يمكنهم التنفيذ على العقار [(٢)] . ولدائنى البائع كذلك مكنة الحصول على حق اختصاص على العقار المبيع بعقد غير مسجل إذا كانوا حسنى النية وقبل وفاة البائع [(٣)]. وليس لدائنى المشترى الحصول على هذا الحق إذا لم يكن قد سجل عقده .

وتقرر محكمة النقض بأن العبرة فى نفاذ التصرف الصادر من المدين فى حق الحاضرين عموماً والراسى عليه المزاد هى شهر التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . فإذا شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه كان نافذاً فى حق هؤلاء . أما إذا لم يشهر إلا بعد تسجيل التنبيه أو لم يشهر على الاطلاق ، فإنه لا يسرى فى حقهم ولو كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه. وبذلك جعل المشرع تسجيل التنبيه هو الحد الفاصل بين التصرفات التى تنفذ فى حق الدائنين وبين التصرفات التى لا تنفذ فى حقهم أيًا كان الشخص الذى يصدر منه التصرف مديناً أو حائزاً ، ودون تفرقة بين دائنين عاديين كانوا أو أصحاب الحقوق المقيدة [(٤)] .

٤- ويستطيع المشترى بعقد غير مسجل أن يبيع العقار الذى اشتراه [(٥)] ولكنه لا يستطيع أن ينقل ملكيته لأن الملكية لم تنتقل إليه من البائع ، ولا تنتقل الملكية إلى المشترى من المشترى حتى ولو تمكن الأول من تسجيل عقده بطريق ملتو أو بطريق الخطأ ، لأن الملكية لم تكن قد انتقلت إلى من

---

(١) المادة ٤٠٥ مرافعات .

(٢) نقض ١٩٧٩/١/١١ س٣٠ ص١٩٩ .

(٣) حيث تقضى المادة ١٠٨٨ بأنه لا يجوز أخذ حق اختصاص إلا على العقار المملوك للمدين وقت قيد الحق ، وتشترط المادة ١٨٥ حسن نية الدائن أى غير عالم بسبق بيع العقار ، ولا يجوز تقرير حق الاختصاص بعد موت المدين .

(٤) نقض ١٩٧٩/١/٢٤ س٢٠ ص٣٥٧ .

(٥) إن المقرر أن للمشترى بعقد غير مسجل أن يبيع ذات القدر الذى اشتراه لغيره ، وأن =

باع له لعدم تسجيل عقده . [1] لذلك قضى بأن توصل المشترى من بائع لم يسجل عقد شرائه إلى تسجيل عقده أو الحكم بصحته ونفاذه ليس من شأنه اعتبار المشترى مالكاً [2]. ويستطيع المشترى الأخير التوصل إلى تسجيل عقده برفع دعوى صحة التعاقد باسم من باع له على البائع الأصلى أو يرفع الدعوى على الاثنين معاً ، ويفصل القاضى فى صحة العقدين [3] .

٥- ولا يصح للمشترى بعقد غير مسجل أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته لما اشتراه ، لأن هذه الدعوى لا تقبل إلا من المالك ، فإذا هو طلب - قبل التسجيل تثبيت الملكية تعين الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل استيفاء الشروط . [4] وليس للمشترى قبل تسجيل عقده مطالبة غير البائع بالتعويض عن فقد ملكية المبيع [5] .

٦- ويستقر قضاء النقض على أن كل من التأميم والاستيلاء يرد على العقار المبيع بعقد غير مسجل بوصفه ما يزال على ملكية البائع، وأن تسليم العقار لا يغنى عن التسجيل فى نقل الملكية . وينفسخ العقد حتماً ومن تلقاء نفسه طبقًا للمادة ١٥٩ مدنى بسبب أجنبى ، ويترتب على الانفساخ عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، ويتحمل الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه (البائع) ، ويلتزم برد الثمن إلى المشترى [6] .

= يسلمه للمشترى منه ولو لم يسجل عقده ولا يتوقف ذلك على رضا البائع له ، وكان البيّن من الأوراق أن البيع الصادر من المطعون عليه الثاني للمطعون عليها الأولى قد ورد على ذات أطيان النزاع المباعة من الطاعنة له ومن ثم فإن البيع الثانى يكون صحيحًا ولا على الحكم إذ قضى بتسليم المطعون عليها الأولى ذات الأطيان المباعة من الطاعنة للمطعون عليه الثانى ويكون النعى على غير أساس . (طعن رقم ٢٠٥٩ لسنة ٥٣ جلسة ١٩٩١/١/٢٧) .

(١) نقض ١٩٦٥/١/٢١ س١٦ ص٧٣ .

(٢) نقض ١٩٨٦/٦/١٥ طعن ١٥٠٣ س ٥٢ق .

(٣) نقض ١٩٥١/١٢/٢٧ س٣ ص٣٠١ .

(٤) نقض ١٩٥١/٤/١٩ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٣٧٦ .

(٥) نقض ١٩٨٦/٣/٢٥ طعن ٢٤٠٣س ٥٢ ق .

(٦) نقض ١٩٧٧/٤/٥ س٢٨ ص٩٠٩ . =

٧- ولا يحق للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يطالب بالشفعة ذلك لأنه من المقرر أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكاً للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة ، أى وقت بيع العقار الذى يشفع فيه (١) . وعلى العكس من ذلك فإن الشفعة تجوز فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع

=- نقض ١٩٧٤/٦/٩ س٢٥ ص١٠٢٧ .

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ س٢٩ ص١٥٧٠ .

لا يكفى أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه - يجب أن يبقى مالكاً لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه فى الشفعة .

ذلك أنه لما كانت القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ومن ثم تسرى على هذه القسمة أحكام العقود ، وكان من بين صور القسمة الاتفاقية القسمة الفعلية التى تقوم على اتفاق بين الشركاء ولكنه ليس اتفاقاً صريحاً ، بل هو اتفاق ضمنى ، فيتصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ، مما يفيد رضاهم ضمناً قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ويكون نصيب كل منهم الجزء المفرز الذى سبق له أن تصرف فيه وهى قسمة منجزة لا تحتاج إلى حيازة الشريك لحصته المفرزة أية فترة زمنية ، وللمحكمة أن تستخلص الإرادة الضمنية فى القسمة الفعلية من ظروف الحال ، لما كان ذلك وكان لا يكفى أن يكون الشفيع ملكاً للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ، بل يجب أيضاً أن يبقى مالكاً لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه فى الشفعة ، وإذ كان الثابت فى الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا أمام محكمة الموضوع بدرجتيها وفى محاضر اعمال الخبيرين المنتدبين بحصول اتفاق بين الشركاء المشتاعين على قسمة العقار المشفوع به وإن بعضهم قد تصرف بالبيع لآخرين فى النصيب المفرز الذى اختص به كل منهم ومن بينهم المطعون ضده الأول وقام آخرون بتسليم حصصهم مفرزة للاصلاح الزراعى ، وقدموا تدليلاً على ذلك عقود بيع مسجلة صادرة من بعض الورثة الشركاء على الشيوع ، كما استدلوا على صحة دفاعهم بأقوال الشهود الذين سمعهم الخبيران المنتدبان ، غير أن الحكم المطعون فيه أطرح هذا الدفاع على مجرد القول بأن حالة الشيوع لا تزال قائمة فى المال المشفوع به لأنه لا يوجد ما يسمى بالقسمة الشفهية فى القانون وإلى أنه يلزم لنفاذ القسمة الاتفاقية أن تمضى خمس عشرة سنة على حيازة كل من الشركاء للجزء المفرز الذى اختص به بموجب هذه القسمة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وقد حجبه هذا الخطأ عن التحقق من حصول القسمة الفعلية التى تمسك بها الطاعنان فى دفاعهما وفق مفهومها السابق بيانه وما إذا كان المطعون ضده الأول ظل مالكاً على الشيوع حتى وقت ثبوت حقه فى الشفعة مع أنه دفاع جوهرى من شأنه - لو صح - أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه . (نقض مدنى طعن رقم ٣٦٥٣ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/٢/١) .

لم يسجل ، أى أن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع الابتدائى بمجـــرد تمامه لكل من قام به سبب مـــن أسبابها (١) ، بل إن فسخ البيع بتراضى الطرفين بعد طلب الشفعة ، لا يعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع ، ويظل حقه فى الشفعة قائماً (٢) .

٨- لا يصلح عقد البيع غير المسجل كسبب صحيح للتملك بالتقادم الخمسى ، لأن هذا السبب عبارة عن سند يصدر من شخص غير مالك للشيء أو الحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، وهو يجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون ، مؤدى ذلك ان عقد البيع غير المسجل لا يصلح سبباً صحيحاً لتملك العقار بالتقادم الخمسى(٣) .

٩- عقد البيع النهائى دون العقد الابتدائى هو قانون العاقدين والمرجع فى التعرف على ارادتهما النهائية . قصره على شروط البيع وأحكامه . اشتمال العقد الابتدائى على أكثر من تصرف . عدم ورود هذه التصرفات فى العقد النهائى وخلو عباراته مما يناقضها. لا يعتبر عدولاً عنها ما لم يثبت اتجاه رغبة المتعاقدين فى العدول عنها(٤).

---

(١) نقض ١٩٨٠/٢/١٢ مجلة القضاه يناير ١٩٨١ ص٢٦٨ .

(٢) نقض ١٩٨٠/٦/٣ نفس الموضع ص ٣٢٨ .

(٣) الطعن ٢٦٣٥ س ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٠ .

(٤) الطعن رقم ١٤١ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٦/٥/١٣ .
إذا ورد بالتعديل بالعقد النهائى على شروط دفع الثمن . فقط ، فإن العقد الابتائى ، عدا هذا التعديل ، يظل قائماً ولا يعتبر العقد النهائى عقداً جديداً ناسخاً للعقد الابتدائى . (الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٦٧ ق « قيم » جلسة ١٩٩/٤/١٥) . عقد البيع النهائى بمثابة تقابل من البيع الابتدائى وحلوله محله فيما يتعلق بشروط البيع وأحكامه وصيرورته قانون الطرفين والمرجع فى التعرف على إرادتيهما النهائية . إمكان تناوله مقدار المبيع أو الثمن أو شروط البيع بالتعديل . (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١) .

الفرع الثانى

الحقوق والالتزامات الشخصية الناتجة عن البيع غير المسجل

يرتب البيع غير المسجل كافة الحقوق والالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن، حيث يلتزم البائع بنقل الملكية وبالضمان وبالتسليم. ويلتزم المشترى بدفع الثمن . وتعبر عن ذلك محكمة النقض بقولها : عقد البيع غير المسجل يولد حقوقًا والتزامات شخصية بين البائع والمشترى فيجوز للمشترى أن يحيل لآخر ما له من حقوق شخصية قبل البائع[1] . فعقد البيع ولو لم يكن مشهراً يرتب انتقال كافة الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به إلى المشترى[2] .

---

(١) نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س٢٩ ص٣٥٧ .

نقض ١٩٨٧/٦/١٦ طعن ٩٤٩س ٥٤ق .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يجوز للمشترى أن يحيل الحقوق الشخصية الناشئة عن عقد البيع لآخر ، وأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له بصفاته ودفوعه كما تنتقل معه توابعه (طعن رقم ٢٨٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

(٢) من المقرر فى قضاء محكمة النقض أن المشترى لعقار بعقد غير مسجل يعتبر دائنًا للبائع ، فإن أى عقد بيع آخر يصدر من هذا الأخير عن ذات العقار يكون حجة عليه بما دون فيه إذ يعتبر ممثلاً فى هذا التعاقد بشخص مدينه البائع ويكون الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد حجة عليه لذات العلة ، فيكون له ما للبائع من وسائل دفاع حيال هذا العقد الذى احتج عليهما به من حيث التوقيع والوقائع المثبت لها وكان الادعاء بالتزوير على هذا العقد لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى المقامة بطلب صحته ونفاذه يتعين ابداؤه أمام المحكمة التى تنظر الموضوع ولا يكون لغيرها أن تنظره . (الطعن ٣٠٣٩ س٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٤/٢٤) .

نقض ١٩٨٧/١٢/١٠ طعن ١٠٤٤س ٥٤ق .

عقد البيع غير المشهر ينقل إلى المشترى منفعة المبيع وكافة الحقوق المتعلقة به أثره حلول المشترى محل البائع فى هذه الحقوق قبل باقى الشركاء المشتاعين فى العقار مؤدى ذلك. تمكينه من الانتفاع بما كان البائع يضع يده عليه ويحوزه وينتفع به بما يوازى حصته فى هذا العقد. (الطعن رقم ١٥٨٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٦)

ونظراً لأن تلك الالتزامات ستكون موضع دراستنا فى الفصول التالية ، فإننا نكتفى فى هذا الصدد بعرض المشاكل التى قد تثور بمناسبة التسجيل من عدمه .

١- يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً . إذ قد يطلب من البائع القيام بأعمال مادية ايجابية أو سلبية من شأنها أن تجعل نقل الملكية ميسراً، من ذلك تقديم الشهادات والمستندات اللازمة للتسجيل ، وتصديق البائع على الامضاء أو الختم تمهيداً لتسجيل العقد، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع، وشهر حق الارث إذا كان المبيع قد انتقل إلى البائع بالميراث ، والامتناع عن التصرف فى العين تصرفًا يضر بالمشترى [1] .

٢- يرتب عقد غير المسجل التزام البائع بالضمان سواء تعلق الأمر بضمان عدم التعرض أو بضمان الاستحقاق أو بضمان العيوب الخفية . يضمن البائع الملكية للمشترى ولو لم يسجل عقد البيع ، ويقوم الضمان ولو كان البائع نفسه لم يقم بتسجيل عقده [2] .

ويترتب على الضمان أنه لا يجوز للبائع أو ورثته التمسك ضد المشترى بعدم تسجيل عقده ، ولا يجوز له انكار ملكية المشترى أو المشترى من المشترى[3] ، وليس له طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع منه لمجرد أن المشترى لم يسجل عقد شرائه [4] . ويمتنع على البائع أبداً التعرض للمشترى، لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته ، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع ، إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد

---

(١) م ٤٣٨م . مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص٤٣ .
(٢) نقض ١٩٣٨/١٢/١٥ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٣٥٢ .
(٣) نقض ١٩٧٩/١/١١ س٤٠ ص١٨٣ .
(٤) نقض ١٩٥٣/١١/٢١ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٣٥٢ .

تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة المكسبة للملكية [1] .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن : « مشترى العقار بعقد لم يسجل دائن شخصى للبائع ، له استعمال حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة . التزام البائع بالضمان التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم يشهر ، أثر ذلك ، ليس للبائع ولا المشترى منه بعقد غير مسجل دفع دعوى صحة تعاقد مشترى آخر بالتقادم المسقط » [2].

٣- يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد[3]، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى [4] . يستطيع المشترى الاستناد إلى الحيازة القانونية مدة خمسة عشر عاماً لتملك العقار بالتقادم ، دون حاجة إلى النظر فى عقد ملكيته ، ولا يهم أن يكون مسجلاً أم غير مسجل ، رسمى أو عرفى ، ولا يهم أن يقدم إلى المحكمة[5] .

وللمشترى أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه ، وتكون حيازته فى هذه الحالة امتداداً لحيازة سلفه البائع له ، ويضم إلى حيازته حيازة سلفه باعتباره خلفاً خاصاً له . وعليه أن يبدى طلب الضم أمام محكمة الموضوع ، ويثبت أن سلفه كان حائزاً حيازة توافرت فيها

---

(١) نقض ١٩٧٠/٤/١٦ س٢١ ص٦٥٨ .

الالتزام بنقل الملكية هو التزام أبدى لا يسقط بالتقادم ما لم يتوفر للبائع بعد البيع وتسليم العين المبيعة شروط وضع اليد على العين المكسب للملكية ، ولازم ذلك أنه يمتنع على البائع أو ورثته دفع الالتزام بنقل الملكية بالتقادم المسقط لأن ذلك من قبيل التعرض القانونى للمشترى . (طعن رقم ٣٣٦٣ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٤) .

(٢) نقض ١٩٨٥/١٢/٢٢ طعن ٢٣٩٥س ٥١ق .

(٣) نقض ١٩٧٧/٦/٢٨ س١٥ ص٨٩٥ .

(٤) نقض ١٩٧٦/٢/١٧ س٢٧ ص٤٥٣ .

(٥) نقض ١٩٥٥/١١/١٧ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٤٥٨ .

الشروط القانونية (١) .

٤- للمشترى الحق فى استغلال العين والانتفاع بثمارها من تاريخ عقد البيع الابتدائى ، دون انتظار التسجيل وانتقال الملكية إلا إذا اشترط فى العقد غير ذلك (٢) . ذلك أن من آثار عقد البيع نقل منفعة البيع إلى المشترى من تاريخ ابرام البيع، فيمتلك المشترى الثمار فى المنقول والعقار على السواء ، ما دام المبيع شيئًا معينًا بالذات من وقت تمام العقد طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل ، يستوى فى ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلى المشترى أو تراخى انتقالها إلى وقت لاحق ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد (٣) .

---

(١) نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ س٢٩ ص٦١٥ .

قاعدة ضم حيازة السلف إلى الخلف . عدم سريانها إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له .

(٢) نقض ١٩٧٨/٣/٢٩ س٢٩ ص٨٩٥ .

(٣) نقض ١٩٨٨/٦/٢٩ طعن ٩٢٤س ٥٦ق .

نقض ١٩٨٨/٦/١٥ طعن ٢١٩س ٥٥ق .

إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ ابرام البيع فيمتلك المشترى الثمرات والنماء فى المنقول والعقار على السواء مادام المبيع شيئًا معينًا بالذات من وقت تمام العقد ، يستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد ، وحتى لو كان الثمن مؤجلاً وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، لما كان ذلك وكان البيّن من عقد البيع المبرم بين مورث الطاعنات والمطعون ضدهن الثالثة عشرة والمرفق بالأوراق أنه خلا من نص يفيد تأخر تسلم المبيع فإن ريع الأرض المبيعة يكون من حق المشترى - مورث الطاعنات - وهن من بعده من تاريخ العقد ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبًا بالخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه . (طعن رقم ٧٦٥ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩١/٢/٧) .

مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ ابرام البيع =

وللمشترى الحق فى تأجير العقار والحصول على أجرته، ويحق له خصم الايجار الذى يخصه من باقى ثمن المبيع [1] . ووسيلة المشترى فى تحصيل الأجرة هى الحصول من البائع له على حوالة عقود الايجار ويقوم باخطار المستأجر بالحوالة ، أى أنه يطالب المستأجر بالأجرة بوصفه محالاً له وليس بوصفه مشترياً ، ذلك أن عقد البيع غير المسجل ليس من شأنه انشاء علاقة مباشرة بين المشترى والمستأجر من البائع، فلا يعتبر خلفاً خاصاً ، ولا يكون له حق اقتضاء الأجرة بهذه الصفة [2] . وتكفى الحوالة لتخويل المشترى المحال له حق رفع دعوى الاخلاء على المستأجر [3] .

٥- ينقل عقد البيع غير المسجل إلى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والحيازة القانونية له والدعاوى المرتبطة بها ، بما فى ذلك طلب تسليم

= فيمتلك المشترى الثمرات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف . يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل . (طعن رقم ١٦٩٦ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/٢/١) .

(١) نقض ١٩٣٥/٣/٣١ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٣٦٥ .

لمشترى العقار ولو بعقد غير مسجل ثمار المبيع . م ٢/٤٥٨ مدنى . حقه فى اقتضاء الثمار قبل مستأجر العقار . شرطه . أن يكون قد سجل عقده أو أحال البائع إليه فى ذلك وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها .

الطعن رقم ٢٣٥٤ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٥/٣/١٥ .

انصراف أثر الايجار إلى الخلف الخاص بحكم القانون . مشترى العقار المؤجر لا يكون خلفاً خاصاً للبائع إلا إذا انتقلت إليه الملكية بالتسجيل . حق المشترى فى تسلم المبيع وفى ثماره ونمائه بمجرد البيع . حق شخصى فى ذمة البائع . علاقة البائع بالمشترى علاقة شخصية مستقلة عن علاقته بالمستأجر .

الطعن رقم ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧ .

(١) نقض ١٩٨١/١١/١٥ المحاماة س٦٢ ص٧٩ .

(٢) إذا أخل بالتزاماته ، كالتأجير من الباطن على سبيل المثال .

- نقض ١٩٧٩/٤/٧ س٣٠ ص٤٠ .

العين المبيعة وطرد الغاصب منها ،[1] ومسائلته عن الريع مدة الاستيلاء على العين[2]. ذلك أن منفعة المبيع تنتقل إلى المشترى من تاريخ ابرام العقد ولو لم يسجل ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف [3] ، ومن ثم يكوّن للمشترى بعقد غير مسجل حق مطالبة واضع اليد على العقار المبيع بريعه عن مدة وضع اليد اللاحقة لابرام العقد [4] .

ويعتبر الريع بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثماره . وتقدير هذا الريع ، متى قامت أسبابه ولم يكن فى القانون نص يلزم باتباع معايير معينة فى خصوصه ، هو من سلطة قاضى الموضوع ، ولا تثريب عليه إن هو قدر قيمة التعويض المستحق لصاحب الأرض عن حرمانه من

---

(١) نقض ١٩٨٠/٤/٢٢ مجلة القضاة يناير ١٩٨١ ص٣١٠ .

إن عقد البيع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ينقل إلى المشترى ولو لم يكن مشهراً جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به ومنها حقه فى طلب طرد واضع اليد عليه بغير سند وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون . (طعن رقم ١٠٦١ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩١/٢/١٣) .

إن المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى أن عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً ينقل إلى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها ومطالبته بالريع ، وكان الحكم المطعون فيه إذ التزم بهذا النظر وقضى بالزام الطاعن بالريع وطرده من أرض النزاع وتسليمها إلى المطعون ضدهن الثلاث الأوليات فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس . (طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٢) .

عقد البيع ينقل إلى المشترى ولو لم يكن مشهراً جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة ومنها حقه فى طرد الغاصب واستلام المبيع وثمراته ونمائه من وقت تمام البيع ، ويحق له ولو كان عقده عرفياً الرجوع بريع المبيع على من استولى عليه غصباً مدة استيلائه عليه . (طعن رقم ٤١٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٤) . (الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٦٤ق « هيئة عامة » جلسة ٢٠٠٣/١٠/١٢)

(٢) نقض ١٩٧٧/٦/٢٨ س٢٨ ص١٥٣٢ .

(٣) نقض ١٩٨٦/١١/١٢ طعن ١٧٥٠س ٥٥ق .

(٤) نقض ١٩٨٧/٦/٢٣ طعن ٢٥٣١س ٥٢ق .

الانتفاع ، ما دام أن القاضى قد رأى فى هذه الأجرة التعويض العادل الجابر للضرر الناشئ عن هذا الحرمان (١) .

٦- يلتزم البائع بتسليم العقار للمشترى بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد ، فإذا هو أحدث فيه منشآت بعد التعاقد ، فيكون للمشترى أن يطالبه بازالتها (٢) .

ومن جهة أخرى ليس للمشترى بعقد غير مشهر - بوصفه غير مالك - الحق فى طلب ازالة المنشآت التى يقيمها الغير على الأرض بسوء نية لأننا بصدد رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكاً وليس لغيره الحق فى استعمالها (٣) .

وتذهب محكمة النقض إلى اقرار حق المشترى بعقد غير مسجل فى أن ينتفع بالمبيع بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار(٤) ، إلا أنها تؤكد من ناحية أخرى بأن عقد البيع غير المشهر ، وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشترى حيازته والانتفاع به ، إلا أنه لا يترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه على الأرض المبيعة ، لأن القرار حق عينى من قبيل الملكية ولا ينشأ ولا ينتقل وفقاً للمادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بشهر سنده ، أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق . فإذا باع الأرض لمشترٍ ثانٍ سبق إلى شهر عقده ، تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق ، ويصبح كل ما للمشترى

---

(١) نقض ١٩٧٤/١٠/١٥ س٢٥ ص١١٤٦ .

(٢) نقض ١٩٧٦/١/١٣ س٢٧ ص١٩٧ ، المواد ٤٢٨ ، ٤٣١ مدنى .

(٣) نقض ١٩٧٦/٤/٦ س٢٧ ص٨٦٢ .

الملكية فى العقارات ، لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل . مشترى الأرض بعقد غير مسجل . ليس له طلب إعمال قواعد الالتصاق بشأن المبانى التى يحدثها الغير فيها . (الطعن رقم ٦ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٥/٢/١٤) .

(٤) نقض ١٩٧١/٤/٨ س٢٢ ص٤٤٣ .

الأول البانى الذى لم يشهر عقده - إذا لم يختر نزع المنشآت بوصفه حسن النية - هو أن يطالب المشترى الثانى بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء (١) .

٧- ويجوز للمشترى بعقد غير مسجل أن يستدل بهذا العقد على مجرد انتقال الحيازة إليه . وتوافر الشرائط القانونية المكسبة للملكية فى مدة حيازته كاف بذاته لكسب الملكية مستقلاً عن العقد ، ولا ينقطع هذا التقادم بالمطالبة القضائية الموجهة ضد البائع ولم يختصم فيها المشترى بشخصه . ولا يعتبر الحكم الصادر فى تلك المطالبة ، حجة على المشترى طالما كان يستند فى ملكيته للتقادم وليس للعقد (٢).

٨- عقد البيع العرفى لا تنتقل به ملكية العقار إلى المشترى ، ولا ينشئ سوى التزامات شخصية بين طرفيه فيصبح المشترى مجرد دائن شخصى للبائع بالحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد ، فلا يجوز له مطالبة غير البائع بالتعويض عن فقده الملكية التى لم تنتقل إليه بعد ، إذ هى لا تنتقل إلا بتسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه أو التأشير به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها طالبت الطاعنين بالتعويض عن استيلائهما على الأرض محل النزاع استناداً إلى عقد البيع العرفى المقضى بصحته ونفاذه ولم يتم تسجيله أو تسجيل الحكم الصادر به ولم تنتقل الملكية إليها وبالتالى لا يحق لها المطالبة

---

(١) نقض ١٩٧٩/١/٢٤ س٣٠ ص٣٥٧ .

اقامة مشترى الأرض بعقد غير مسجل بناء عليها . عدم انتقال ملكية هذه المبانى إلا بشهر العقد . علة ذلك . حق القرار حق عينى لا ينشأ ولا ينتقل إلا بشهر سنده م ٩ من قانون الشهر العقارى . بقاء ملكية المنشآت للبائع بحكم الالتصاق .

الطعن رقم ١٦٦٨ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٨ .

(٢) نقض ١٩٨٦/١٢/٢ طعن ٢٥١٣س ٥٢ق. (الطعن ٩٥١ س ٦٢ق جلسة ١٩٩٨/١/١٨).

بالتعويض وتضحى الدعوى غير مقبولة وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه [١] .

المطلب الثالث

دعوى صحة التعاقد

يرتب عقد البيع على عاتق البائع التزامًا بنقل الملكية ، فإذا تقاعس عن تنفيذ التزامه ، كان للمشترى أن يستغنى عن ذلك بإحدى وسيلتين دعوى صحة التعاقد ، دعوى صحة التوقيع ، حيث يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ[٢] .

ودعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة ونفاذ العقد هى – طبقًا لقضاء محكمة النقض – دعوى استحقاق مآلاً للقدر المبيع ، يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذاً عينيًا ، والحصول على حكم يقوم مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، وهذا يقتضى بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه[٣] .

ولدراسة تلك الدعوى نعرض لاجراءات رفعها ثم للشروط الموضوعية لقبولها وأثر الحكم الصادر فيها .

---

(١) طعن رقم ١٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٨ .

(٢) سليمان مرقس ص ٣١٧.

(٣) نقض ١٩٧٥/٢/٢٥ س٢٦ ص٧٤٨ .

دعوى المشترى بصحة ونفاذ عقد البيع . ماهيتها . وجوب بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه . حسب المحكمة إجابة المشترى إلى طلبه إذا لم تكشف أوراق الدعوى عن أن الملكية ليست ثابتة للبائع أو انها محل منازعة من الغير .
الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٨ق – جلسة١٩٩٥/٤/٣٠ . =

(أ) اجراءات رفع الدعوى :

تعتبر دعوى صحة التعاقد من الدعاوى الشخصية العقارية التى ينعقد الاختصاص المحلى بنظرها للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه (١) . ويتحدد الاختصاص القيمى طبقاً للقواعد العامة ، حيث تقدر قيمة الدعوى بقيمة العقار المتعاقد عليه (٢) .

ويجوز للمشترى أو وارثه أن يرفع تلك الدعوى على البائع أو على وارثه، ومن المقرر أن موضوع الدعوى التى يرفعها المشترى ضد ورثة البائع بصحة ونفاذ العقد الصادر من مورثهم ببيع عقارات مملوكة له هو مما يقبل التجزئة بطبيعته ، وأنه قد يصح هذا البيع بالنسبة لمن يقر به من الورثة ولا يصح بالنسبة لمن يطعن منهم فيه (٣) . ومن جهة أخرى فإن طلب ورثة

= دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . ماهيتها . دعوى استحقاق مآلاً يقصد بها تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية تنفيذاً عينياً . لازمه . أن يكون البائع مالكاً للعقار المبيع . أثره . وجوب بحث ما يثار فيها من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع . عدم كفاية ما يورده البائع فى العقد من بيان لسند ملكيته .

الطعن رقم ٣٥ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢١ .

(١) المادة ٥٠ مرافعات . نقض ١٩٦٣/٣/٢١ س١٤ ص٣٥٥ .

(٢) المادة ٣٧ مرافعات . نقض ١٩٧٥/٦/٣٠ س٢٦ ص١٣٣٠ .

(٣) نقض ١٩٨١/٤/٢٨ س٣٢ ص١٣١٠ .

- نقض ١٩٨٧/٥/٢٦ طعن ١٩٨٤ س٣٥ق .

دعوى المطعون ضده قبل الطاعنة - وارثة البائعة - بصحة عقد البيع . دفعها من جانب الطاعنة بجهالة توقيع مورثتها عليه . موضوع لا يقبل التجزئة . عدم امتثال المطعون ضده لأمر محكمة أول درجة باختصام باقى الورثة . وجوب أن تقضى بعدم قبول الدعوى . قضاؤها فى موضوع الدعوى . خطأ .

الطعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٦/٦/١١ .

دعوى صحة ونفاذ عقود بيع متتالية عن قطعة أرض فضاء . بطلان الخصومة بالنسبة لأحد البائعين فى أولها . غير مانع من قبول الدعوى بالنسبة للقدر المبيع من البائع الآخر فى هذا العقد والعقود التالية عليه متى كانت الدعوى قابلة للتجزئة . قضاء الحكم بعدم قبول الدعوى لمجرد ما خلص إليه من بطلان الخصومة بالنسبة لأحد البائعين دون أن يعنى ببحث مدى صحة العقود بالنسبة للقدر المبيع من البائع الأخر واستظهار أن الدعوى لا تقبل التجزئة. خطأ وقصور . (الطعن رقم ٤٩ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٤/١/٢٧ .

مشترى العقار صحة ونفاذ البيع الذى عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى فى جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذ أن الطلب فى مثل هذه الدعوى يعتبر، فى الأصل ، قابلاً للتجزئة وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة بطبيعته أو لمفهوم قصد عاقديه (١) .

وتقرر محكمة النقض وجوب اختصام المشترى فى دعواه بصحة عقد شرائه البائع للبائع له ليطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر منه إلى البائع توطئة للحكم بصحة ونفاذ عقده . ثبوت ملكية البائع للبائع للعين المبيعة بأى طريق من طرق كسب الملكية . كفاية ذلك لقبول الدعوى بصحة ونفاذ العقدين(٢)

أوجب المشرع تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد حتى يحفظ للمشترى حقوقه ، بحيث أنه متى حكم فيها بطلباته وتم التأشير بمنطوق الحكم على هامش الصحيفة فإن حق المشترى يكون حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى (٣) .

(ب) الشروط الموضوعية للدعوى :

١- الأصل أن المشترى هو صاحب المصلحة فى رفع دعوى صحة التعاقد فى حالة تقاعس البائع عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، إلا أنه يمكن للبائع رفع الدعوى إذا كانت له مصلحة فى اتمام اجراءات التسجيل التى يمتنع المشترى عن اتمامها .

---

(١) نقض ١٩٨٣/١/١١ س٣٤ ص١٧٥ .

طلب صحة ونفاذ عقد البيع . قابليته فى الأصل لتجزئة مالم يكن محل العقد غير قابل لها بطبيعته أو بحسب قصد عاقديه .الطعن رقم ٤٩ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٤/١/٢٧ .

– دعوى صحة ونفاذ عقد بيع صادر من مورث . دفعها من أحد الورثة بأن التصرف صادر من المورث وهو فى حالة عته شائعة يعلمها المشترون بجعل النزاع غير قابل للتجزئة . علة ذلك .

الطعن رقم ٣١٥٩ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/٣/١٧ .

(٢) الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٨ق –جلسة ١٩٩٥/٤/٣٠ .

(٣) نقض ١٩٨٧/٦/١٦ طعن ١١٣٥ س٥٣ق .

وتطبيقًا لذلك قضى بقيام مصلحة للبائعين فى الحصول على الحكم بصحة عقد البيع لأن البيع تم وفقًا لأحكام قانون الاصلاح الزراعى ويجب تسجيله وأنهما لن يتمكنا قبل التسجيل من قيد حق الاحتياز المقرر لهما على العين المبيعة، وإن تكليف الأطيان لا ينتقل إلى اسم المشترى إلا بعد اتمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب المستحقة على الأطيان [1] .

٢- يجب أن نكون بصدد بيع تام وصحيح وغير صورى ، حيث أن دعوى صحة ونفاذ العقد هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه [2]، وهى دعوى استحقاق مآلاً يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذًا عينيًا والحصول على حكم يقوم مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية فيتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ولا يجاب المشترى إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين [3] .

وتستلزم هذه الدعوى أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية ، حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة العقد ، وبالتالى فإن تلك

---

(١) نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ س٢٧ ص٥١٢ .

(٢) دعوى صحة التعاقد . دعوى موضوعية . التزام المحكمة ببحث موضوع العقد ونفاذه فى مواجهة البائع . وجوب أن يكون من شأن البيع نقل الملكية . مؤداه . على القاضى أن يفصل فى أمر صحة البيع .
الطعن رقم ٢٥١٥ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ .
- دعوى صحة التعاق د. تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية . مقتضى ذلك . أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع وفى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزامه . اتساع نطاقها لبحث كل ما يتعلق بصحة العقد ونفاذه ومنها تملك البائع للعين المبيعة - فى مواجهة المشترى منه بالتقادم المكسب .
الطعن رقم ٣٦٨٥ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣ .

(٣) نقض ١٩٧٩/١١/١٥ س٣٠ ص٣٧ .
- نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ س٣١ ص١٢٠١ .

الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجوده وانعدامه وبصحته أو بطلانه ، ومنها أنه غير جدى أو حصل التنازل عنه، إذ من شأن هذه الأسباب لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانوناً ، فيحول ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه (١) .

وتقرر محكمة النقض بأن نطاق دعوى صحة التعاقد يتسع لبحث ما يتعلق بموضوع العقد ومداه وبوجوده أو انعدامه وبصحته أو بطلانه أو صوريته(٢) . ويجب أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع وجديته وبحث قابلية المبيع للتعامل فيه (٣) . ولا يقتصر موضوع الدعوى على محل العقد بل نفاذه أيضًا ، ومن ثم فإن القضاء برفض الدعوى لبطلان البيع لوروده على أرض لم يصدر قرار بتقسيمها صحيح (٤) .

وينبغى على المحكمة الفصل فيما يثار من نزاع حول تكييف العقد ، إذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الأحكام القانونية التى تطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ ، وذلك كالبت فى طبيعة العقد باعتباره بيعاً أو وصية .

---

(١) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ س٢١ ص٣٦٨ .

(٢) نقض ١٩٨٦/٥/٢٢ طعن ١١٥٨س ٥٢ق . (نقض ٢٠٠٠/٥/٩ طعن ٢٦٣ س ٦٣ق).

(٣) نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ س٣١ ص١١٩٣ .

دعوى صحة التعاقد . امتداد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه . مقتضاه . اتساع تلك الدعوى لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه بالبيع .

الطعن رقم ٣٢٦٦ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٦/٣/٢١ .

– استحالة تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينيًا لعدم صحة اجراءات البيع ولوروده على شىء غير قابل للتعامل فيه بالبيع . أثره . وجوب رفض طلب المشترى صحة ونفاذ عقد البيع .

الطعن رقم ٣٢٦٦ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٦/٣/٢١ .

– قصر الطاعن أسباب طعنه على قضاء الحكم الاستئنافى فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع دون دعوى الفسخ . نقض الحكم بالنسبة لقضائه بالفسخ وبعد قبول دعوى صحة ونفاذ العقد . أثره . زوال الحكم المنقوض بشقيه . لمحكمة الاستئناف الحكم فى الدعويين على ما كان جائزاً لها قبل إصدار الحكم المنقوض .

الطعن رقم ٧٠ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٤/٩/٢٨ .

(٤) نقض ١٩٨٧/٣/١٥ طعن ١٥١٧س ٥٣ق .

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا يجوز للمحكمة حتى بفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف فى الحالين أن تقضى بنفاذه قبل أن تبت فى أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية (١) . وقضى أيضًا بأن للبائع أو ورثته أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن البيع يخفى فى حقيقته رهناً . وبقاء العين المبيعة فى حيازة البائع قرينة قاطعة على أن العقد قصد به اخفاء رهن . ويترتب على ذلك . بطلان العقد سواء بصفته بيعاً أو رهناً (٢) .

ويجب أن يتسع الحكم لبحث كل أوجه النزاع بين البائع والمشترى حول العقد ومدى أحقية البائع فى الامتناع عن تنفيذ التزاماته أو فى طلبه لفسخ العقد لتخلف المشترى عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن (٣) . وتتسع الدعوى أيضاً للتحقق من موقع المبيع ومساحته وتعيين حدوده وأوصافه تعييناً نافياً للجهالة (٤) ، ويدخل فى ذلك أيضًا طعن البائع بتزوير العقد أو انكار التوقيع .

ولكن لا يدخل فى ذلك إخلال المشترى بالتزامات لاحقة على العقد ليس من شأنها التأثير على صحته أو نفاذه ، ومن ثم ليس للمحكمة أن تحكم بعدم قبول دعوى صحة ونفاذ عقد البيع إلا بصدد الاخلال بالتزام مرتبط بصحة العقد أو نفاذه وليس التزام لاحق عليه.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : إقامة المشترى مبان على

---

(١) نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ س٢٥ ص٧٦١ .

(٢) م٣٣٩ مدنى قديم . نقض ١٩٨٧/٢/١١ طعن ١١١٩س ٥١ق .

(٣) نقض ١٩٨٧/١٢/٢٧ س٢٩ ص٢٠٤٠ .
نقض ١٩٧٥/٥/٢١ س٢٦ ص١٠٤ .
نقض ١٩٨٧/٦/١٦ طعن ٩٤س ٥٤ق .
الثمن باعتباره ركناً من أركان عقد البيع يوجب على المحكمة قبل القضاء بصحته ونفاذه أن تتثبت من الوفاء به (طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/١٠/١٨) .

(٤) نقض ١٩٨٧/١/٦ طعن ١٥٣١س ٥٢ق .

الأرض المبيعة بالمخالفة للاشتراطات المتفق عليها هو أمر لاحق للعقد لا يؤثر على صحته أو نفاذه ، فإذا قضت المحكمة بعدم قبول دعواه بصحة العقد لاخلاله بالتزامه العقدى ، فإن ذلك يعد خطأ فى تطبيق القانون(١) .

٣- إن الفصل فى دعوى صحة التعاقد وسلامة العقد وتوافر أركانه القانونية يقتضى البحث فيما إذا كان البائع مالكاً للمبيع المرفوعة بشأنه الدعوى ، فإذا كان البائع غير مالك لما باع امتنع الحكم بصحة العقد ونفاذه لأن هذا الحكم بفرض صدوره لن ينقل الملكية حتى ولو سجل .

وتقرر محكمة النقض بأنه من المقرر أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل وإن المشترى لا يجاب إلى طلب الحكم بصحة عقده إلا إذا كان انتقال الملكية إليه ممكناً وهو فى حالة عدم تسجيل العقود الصادرة لمن باع له غير ممكن (٢) . ومن ثم فإن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع تتسع لبحث النزاع حول ملكية البائع للمبيع ، وملكية البائع لجزء من المبيع ، مؤدى ذلك امتناع اجابة المشترى والبائع لطلبهما الحاق محضر الصلح المبرم بينهما عن كامل القدر المبيع أو القضاء للمشترى بصحة عقده إلا بالنسبة للقدر المملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن (٣) .

ويستطيع المالك الحقيقى التدخل فى الدعوى بطلب رفضها لبطلان عقد البيع ، ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى طلب التدخل رفضاً أو قبولاً (٤) .

---

(١) الطعن رقم ٢٥١٥ س٦١ق جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ .

(٢) نقض ١٩٧٥/١١/٢٤ س٢٦ ص١٤٦٥ .
نقض ١٩٨٦/١/١ طعن ٩٩٦ س ٥٢ق .

(٣) نقض ١٩٨٥/١١/٧ طعن ١٧٠٢س ٥٢ق .
وجوب الفصل فى دعوى صحة التعاقد فى حدود القدر المبيع الذى ثبت ملكية البائع له. لا حاجة للمدعى لتعديل طلباته إلى القدر الأقل .
الطعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/١/٩ .

(٤) نقض ١٩٧٥/٢/١٢ س٢٦ ص٣٦٤ . =

وإذا تبين للمحكمة أن البائع تصرف بالبيع للغير الذى سجل عقده قبل تسجيل المشترى الثانى ، وانتقلت الملكية إليه قبل تسجيل المشترى الأخير صحيفة دعوى صحة التعاقد، تعين عليها أن تقضى برفض دعوى هذا المشترى على أساس أسبقية التسجيل ، وإلا كان حكمها بصحة التعاقد لمن تراخى فى تسجيل عقده لغواً لا قيمة له [1].

ولا يكفى أن يكون البائع مالكاً بل يلزم أن يكون سند ملكيته مسجلاً . فإذا كان البائع لم يسجل عقد شراءه وجب على المشترى أن يختصم فى دعواه البائع لمن باع له ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه ، توطئه للحكم بصحة عقده هو ، حتى إذا ما سجل الحكم الصادر بصحة العقدين

= وقضى بأن الهدف من دعوى صحة العقد يتحد فى الغاية مع طلب ثبوت الملكية بالتقادم الطويل بما يوفر الارتباط الوثيق بينهما وأن تمسك طالب التدخل فى دعوى صحة التعاقد بأنه المالك للعين المبيعة يوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخله باعتباره مرتبطاً بالدعوى الأصلية ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد إلا بعد الفصل فى موضوع طلبه وذلك باعتبار أن هذا البحث مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها ، فالحكم الذى تصدره المحكمة بصحة التعاقد يتوقف علي التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخل ، وكان الحكم المطعون فيه قد ألغي الحكم المستأنف فيما قضى من قبول تدخل الطاعنين وأقام قضاءه على مجرد القول بأن طلب تثبيت الملكية يختلف عن طلب صحة العقد موضوعًا وسببًا ولم يقدر مدى الارتباط بين الطلبين وأثر اجازة محكمة أول درجة لتعديل الطاعنين طلباتهم ولم يعرض لطلب الطاعنين رفض دعوى المطعون ضدها الأولى ودعوى المطعون ضده الرابع تأسيساً على ملكيتهما لعين النزاع وصلة طلبهما تثبيت ملكيتهما به فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وجره ذلك إلى القصور فى التسبيب . نقض ١٩٩١/١٢/٣١ طعن ٢٣٠٧ س٥٦ق .

دعوى صحة التعاقد وطلب ثبوت الملكية بالتقادم المكسب . توافر الارتباط بينهما . تمسك طالب التدخل فى دعوى صحة التعاقد بملكيته للعين . أثره . عدم جواز الحكم بصحة التعاقد قبل الفصل فى موضوع التدخل . الحكم بعدم قبول التدخل تأسيساً على أن طلب تثبيت الملكية للعقار يختلف عن طلب صحة عقد الشراء موضوعاً وسبباً دون تقدير مدى الارتباط بين الطلبين وأثر اجازة محكمة أول درجة لتعديل الطلبات ودون أن يعرض لطلب تثبيت الملكية . خطأ وقصور .

الطعن رقم ٣٨٨٨ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٤/١/١٨ .

(١) نقض ١٩٥٣/١٢/١٧ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٦٣٨ .

انتقلت الملكية إليه [1] .

(جـ) أثر الحكم بصحة التعاقد :

١- القاعدة العامة هي أنه ليس للتسجيل أثر رجعي ، أى أن الملكية العقارية تنتقل منذ تسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه ، وهذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي [2] ، وتثبت الملكية للمشترى من وقت اشهار ذلك الحكم وليس من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى [3] .

٢- ولكن تسجيل صحيفة الدعوى التى يرفعها المشترى على البائع لإثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع العقار ، ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشترى حجة على كل من ترتبت له حقوق على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى [4].

---

(١) نقض ١٩٦٩/٤/٨ س٢٠ ص٥٧١ ، ١٩٨١/٤/١٤ س٣٢ ص١١٢٢ .

(٢) نقض ١٩٨٧/٢/١٩ طعن ٤٥٦ س٤٣ ق .

(٣) نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ٢١٣٦س ٥٢ق .

(٤) تسجيل المدعية صحيفة دعوى صحة التعاقد فى تاريخ سابق على شهر عقد بيع صادر من نفس البائع لمشتر آخر . صحة القضاء للمدعية بصحة ونفاذ عقدها . قيامها بشهر الحكم الصادر لها يترتب عليه انسحاب أثر الشهر لتاريخ تسجيل صحيفة الدعوى . المادتان ١٥ ، ١٧ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

الطعن رقم ٣٣٥٢ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٥/٤/٥ .

- تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ثم التأشير على هامشه بمنطوق الحكم بصحة التعاقد أثره . اعتبار حق المشترى حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار من تاريخ تسجيل الصحيفة . المادتان ١٥ ، ١٧ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ . تسجيل مورث المطعون ضدهم الحكم الصادر بصحة عقد شرائه ذات المبيع من البائعة نفسها لا يحول دون الحكم بصحة ونفاذ عقد شراء مورث الطاعنين .

الطعن رقم ٢١٧٨ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/٦/٢١ .

- القضاء نهائيًا بتثبيت ملكية الطاعنين للعقار محل النزاع بالتقادم قبل مورث المطعون عليهم وهم من بعده . الحكم من بعد بصحة ونفاذ عقد بيع صادر من مورث الطاعنين إلى مورث المطعون عليهم عن ذات العقار . قضاء مخالف لحجية الحكم السابق . جواز الطعن فيه بالنقض .

الطعن رقم ٣٦٨٥ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣ .

وبذلك يكون المشرع قد رسم للمدعى فى دعوى صحة التعاقد طريقًا يمكنه من التمسك بالحكم الذى يصدر لصالحه ضد كل من آل إليه الحق من البائع واعلام الغير بالاخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن موضوع الدعوى ، وإذا كان هذا الاعلام يتحقق ، بالتأشير بمنطوق الحكم وحده ، فإنه من باب أولى يتحقق شهر الحكم كاملاً إذ أن هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد عليه ، ومتى تقرر ذلك فإن من أثر تسجيل الحكم من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار يرتد إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، يستوى فى ذلك أن تكون هذه الحقوق قد تقررت بتصرف رضائى صادر من البائع له أو نتيجة اجراءات تنفيذ عقارى اتخذت ضد هذا البائع[1] .

ومن المقرر أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ليس من شأنه نقل الملكية العقارية من البائع إلى المشترى . عدم انتقالها إلا بشهر الحكم النهائى الصادر بصحة البيع إما بتسجيل هذا الحكم أو التأشير بمنطوقه فى هامش تسجيل الصحيفة [2] .

ولا شك أن تقرير هذا الأثر قد ورد على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى فى مواجهة من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه[3] .

وقصر المشرع الأثر السابق على التأشيرات التى تتم خلال خمسة أعوام من تاريخ صيرورة الحكم الصادر بصحة التعاقد نهائيًا . ويجوز تسجيل الحكم

---

(١) نقض ١٩٧٧/٣/٢٦ س٢٨ ص٦٨٠ .
نقض ٢٠٠١/٦/٥ طعن ٤٧٩٨ س ٦٢ق .

(٢) الطعن رقم ٤٤٩٧ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٤/١/٢٧ .

(٣) نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ س٢٩ ص١٥٧٠ .

بعد مرور الخمس سنوات ولكن أثر التسجيل ، بالنسبة للغير ، لا يرتد إلى يوم تسجيل صحيفة الدعوى [١] .

ولم يعد من الجائز التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى قبل تسجيل الحكم ، حيث أوجب المشرع تسجيل الحكم قبل التأشير بمنطوقه ، وهذا التعديل المستحدث بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦ لا يسرى على الوقائع التى تمت قبل نفاذه [٢] .

وتقرر محكمة النقض بأن التأشير بالحكم النهائى الصادر فى الدعوى التى قيدت صحيفتها فى السجل العينى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيًا . يعتبر حجة على الغير ممن ترتبت لهم حقوق عينية على العقار وأثبتت لمصلحتهم بيانات فى السجل العينى ، بأثر رجعى ينسحب إلى وقت قيد صحيفة الدعوى ، أما الأحكام التى صدرت قبل العمل بقانون السجل العينى ولم تكن قد أشر بها ، وجوب التأشير بها خلال خمس سنوات من تاريخ العمل به[٣].

ولا شك أن التأشير اجراء مستقل عن التسجيل ولا يغنى عنه فى الاحتجاج به على الغير .

٣- والحكم الصادر ضد البائع متعلقًا بالعقار المبيع حجة على المشترى الذى لم يسجل عقد شراءه قبل صدور الحكم[٤]. ويعتبر الحكم الصادر حجة على ورثة البائع ، فقد قضى بأنه إذا كان الطاعنون قد طعنوا فى النزاع الحالى على التصرف بأنه يخفى وصية فلا ينفذ إلا فى حدود ثلث التركة ، فإنهم وهم يطعنون بذلك إنما يستعملون حقًا خاصًا بهم مصدره القانون

---

(١) القانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦ .

(٢) نفس القانون ، نقض ١٩٨٧/٦/١٠ طعن ٩٩٠س ٥٣ق .

(٣) نقض ١٩٨٧/٢/٢٥ طعن ١٢٥٦س ٥٣ق .

(٤) نقض ١٩٨٧/٦/١٧ طعن ١٨٤٤س ٥٣ق .

وليس حقاً تلقوه عن المورث ، ومن ثم يكون الحكم الصادر ضد المورث بصحة التصرف كبيع حجة عليهم، لأن الوارث يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثهم إلى وارث آخر اضراراً بحقه في الميراث[1] .

٤- ومناط ثبوت الأفضلية لرافع دعوى صحة التعاقد أن يكون المبيع المحدد في صحيفتها هو ذات المبيع محل البيع ، إلا أن مجرد مغايرة بيانات المبيع الواردة في صحيفة دعوى صحة التعاقد لتلك الواردة بعقد البيع لا يحول دون قيام الأثر المترتب على تسجيل الصحيفة طالما أن المغايرة ليس من شأنها التجهيل بحقيقة تطابق المبيع في كل منهما ، مثال ذلك المغايرة في البيانات المتعلقة بحدود المبيع . ويضيف الحكم بأن تحديد الأرض المحكوم بإثبات صحة التعاقد عنها العبرة فيه بما ورد في العقد لا بما ورد في الصحيفة [2] .

٥-ومن المقرر أن قاعدة الأسبقية في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . لا مجال لإعمالها إذا كان أحد العقدين صورياً صورية مطلقة [3].

المطلب الرابع

دعوى صحة التوقيع

تعتبر دعوى صحة التوقيع دعوى تحفظية شرعت لتطمئن من بيده سند عرفي على آخر إلى أن الموقع على ذلك السند لن يستطيع بعد صدور الحكم بصحة توقيعه أن ينازع في صحته . والغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع

---

(١) نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ س٢٩ ص١٧٨١ .

(٢) نقض ١٩٨٧/٦/٢٥ طعن ١٨٤٤س ٥٣ق .

(٣) الطعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٧/١/٣٠ .

على المحرر توقيع صحيح صادر من يد صاحبه (1) .

ويكفي لقبول الدعوى أن يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون . لذا قضى بأنه ولما كان الحكم فى الدعوى - السابقة - برفض طلب الطاعن صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه لبطلانه لا ينفى أن للطاعن مصلحة فى الحصول على حكم بصحة التوقيع على عقد البيع المشار إليه ذلك أن بطلان هذا العقد يترتب عليه أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فيسترد كل متعاقد ما أعطاه ، مما يكون معه للطاعن مصلحة فى طلب إثبات صحة توقيع المطعون عليه على المحرر سالف الذكر ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر أنه لا مصلحة للطاعن فى رفع دعواه بصحة التوقيع على عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه بعد أن حكم ببطلان هذا العقد ورتب على ذلك قضاءه بعدم قبول الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (2) .

إذا حضر البائع وأقر أمام المحكمة بصحة توقيعه ، أثبت القاضى اقراره ويتحمل المشترى مصروفات الدعوى ، وإذا لم يحضر البائع حكمت المحكمة فى غيبته بصحة الخط أو الامضاء أو البصمة ، وإذا حضر وأنكر صدور التوقيع منه فيجرى التحقيق طبقاً للقواعد التى وضعها قانون الإثبات(3) .

وإذا صدر الحكم بصحة التوقيع فإنه ينبغى تسجيل الحكم والعقد معًا دون حاجة إلى تدخل البائع ، وتنتقل الملكية من تاريخ تسجيل الحكم

---

(1) نقض ١٩٣٩/٢/٢٣ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٦٣٩ .

نقض ١٩٧٤/١١/١٩ س٢٥ ص١٢٥٠ .

مغايرة حدود المبيع فى صحيفة دعوى صحة التعاقد لتلك الواردة بعقد البيع . لا يحول دون قيام الأثر المترتب على تسجيل الصحيفة طالما أن المغايرة ليس من شأنها التجهيل بحقيقة المبيع.

(الطعن رقم ٣٣٥٢ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٥/٤/٥) .

(2) نقض ١٩٧٤/١١/١٩ س٢٥ ص١٢٥٠ .

(3) المواد ٣٠ : ٤٨ إثبات .

بالنسبة للمتعاقدين أو الغير وليس من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى كما هو الحال بالنسبة لدعوى صحة التعاقد [١] .

والجدير بالذكر أن دعوى صحة التعاقد هى بطبيعتها دعوى شخصية ولا تندرج ضمن الدعاوى العينية العقارية التى تسجل صحيفتها حتى يحتج بالحكم الصادر فيها بحق المدعى منذ ذلك التسجيل [٢] . ومن ثم فأن تسجيل صحيفة هذه الدعوى على خلاف دعوى صحة التعاقد لا يفيد شيئاً بل لا بد من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره فى نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ هذا التسجيل[٣] .

ودعوى صحة التوقيع لا يتعرض فيها القاضى لموضوع العقد أو للتصرف موضوع الورقة من جهة صحته أو بطلانه ونفاذه أو توقفه وتقرير الحقوق المترتبة عليه ، ولا ينصب الحكم الصادر فيها إلا على التوقيع فقط ، أى تقتصر حجيته على حجة التوقيع ولا يتعدى أثره إلى صحة التزامات عن العقد [٤] ، هذا بخلاف الحال بالنسبة لدعوى صحة ونفاذ العقد كدعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه ، وتتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته أو بطلانه .

لذلك قضى بأنه يمتنع فى دعوى صحة التوقيع على القاضى

---

(١) نقض ١٩٥٥/٤/٢١ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٦٤٠ .

(٢) نقض ١٩٤٨/٥/١٣ نفس الموضع .

(٣) نقض ١٩٥٥/٤/٢١ الحكم السابق .

(٤) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ س٢١ ص٣٦٨ .

دعوى صحة التوقيع . دعوى تحفظية . الغرض منها . أثره . يمتنع على القاضى التعرض للتصرف الثابت بالورقة من جهة صحته أو بطلانه ووجوده أو زواله . حكم صحة التوقيع . اقتصار حجيته على صحة التوقيع . عدم تعدى أثره إلى صحة التزامات الطرفين الناشئة عن العقد . مؤدى ذلك . لا يترتب على الفصل فى الدعوى إخراج المال من الحراسة . (مثال فى بيع) .

الطعن رقم ٣٣٠٧ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٤/١/٣٠ .

أن يتعرض للتصرف المدوّن فى السند من جهة صحته وعدم صحته ووجوده أو انعدامه وزواله بل يقتصر بحثه على صحة التوقيع فقط ، وإذا كان البحث فى صحة التوقيع يقتصر على صحة التوقيع ممن نسب إليه فلا يقبل منه دفعها ببطلان التصرف المثبت بالمحرر لعيب من عيوب الرضا ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى انتفاء الاكراه المدعى به من الطاعنين على ما أورده من قرائن منها عدم تمسكهم به لدى نظر دعوى صحة التوقيع ، فإنه يكون معيباً بالفساد فى الاستدلال [1] .

وقضت بأن دعوى صحة التوقيع هى دعوى تحفظية الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحيح صادر من يد صاحبه ومن ثم فإن نطاق هذه الدعوى لا يتسع لأمر صحة التصرف الذى ضمنته الورقة ونفاذه ووجوده أو انعدامه ولا تجوز المناقشة فيها فى أمر من هذه المسائل وبالتالى فإن بحث أمر تزوير صلب السند يخرج عن نطاق الدعوى بطلب صحة التوقيع عليه ولا يعد وسيلة دفاع فيها ولا يمنع المحتج عليه بالورقة من بعد الحكم فيها من اقامة دعوى أصلية بطلب رد وبطلان المحرر لهذا السبب ، كما لا يكون للحكم الصادر فيها أية حجية فى الدعوى الأخيرة لاختلاف المحل فى كل منهما [2] .

---

(١) نقض ١٩٨٥/١/٢٤ طعن رقم ٦٤٦س ٥٢ق .

(٢) نقض ١٩٩٢/٣/١٢ طعن ٢٥٩٩ س٥٨ق .

الفصل الثانى
تسليم المبيع

إن من آثار عقد البيع الصحيح التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى على نحو يصبح فى حيازته ويتمكن من الانتفاع به بجميع وجوه الانتفاع [1] . إن التزام البائع بتسليم المبيع يعد من مقتضيات عقد البيع ، بل هو أهم التزامات البائع التى تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه [2] .

والحق فى استلام المبيع يعد من الآثار التى تنشأ عن عقد البيع ولو لم يكن مشهراً . ينقل عقد البيع غير المسجل إلى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها لأنه من الآثار التى تنشأ عن عقد البيع الصحيح [3] . ويدخل فى ذلك ، مثلاً طلب نفى حق

---

(١) نقض ١٩٨٦/٢/٢٧ س٢٦ ص٤٥٣ .

(٢) نقض ١٩٣٨/٢/٣ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٣٥٣ .

إن طلب التسليم الذى رفعت به الدعوى هو أثر من آثار عقد البيع باعتباره التزامًا يقع على عاتق البائع سجل العقد أو لم يسجل ما لم يكن التسليم غير ممكن لتعلق ملكية العين المبيعة بشخص آخر ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استظهر من تقرير الخبير أن العقد محل النزاع والذى حكم بصحته ونفاذه وأشهر برقم ٢٩٤٨ سنة ٨٣ توثيق المنيا لا تنطبق حدوده على الحدود الواردة فى عقد الطاعنين سالف البيان وانتهى إلى القضاء بالتسليم كأثر من آثار عقد البيع . ومن ثم فلا مجال بعد ذلك لاعمال أحكام تزاحم المشترين بعقود مسجلة طالما لا ترد على محل واحد ويكون ما جاء بالحكم المطعون فيه من المفاضلة بين العقدين غير لازم لقضائه ، إذ يستقيم الحكم بدونه وهو لا يعدو أن يكون دعامة ناقلة ولمحكمة النقض أن تصحح ما شابه من خطأ ويضحى النعى على الحكم بهذا الوجه على غير أساس . (طعن رقم ٢٤٩٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩١/٧/١٧) .

(٣) نقض ١٩٧٩/٥/٢٨ س٣٠ ص٤٦١ .

نقض ١٩٨٨/٥/٤ طعن ٢٨٨٥س ٥٥ق .

إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن مؤدى نص الفترة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى أن عقد البيع – ولو لم يكن مسجلاً – ينقل إلى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب =

الارتفاق ، وتكون الدعوى من الدعاوى المتعلقة بأصل الحق وليست من دعاوى الحيازة [(١)].

ويلتزم الورثة بتسليم المبيع فى حدود ما يؤول إليهم من التركة . وتعبر محكمة النقض عن حدود هذا الالتزام بقولها : شخصية الوارث تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته ، ولا يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثًا إلا إذا أصبح الوارث مسئولاً شخصيًا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة . وتبعًا لذلك لا يعتبر الوارث الذى آلت له ملكية أعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسئولاً عن التزامات الأخير قبَل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد ، ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير فى هذا الخصوص ، لما كان الطاعن قد آلت إليه ملكية الأطيان بموجب عقد بيع صدر حكم بصحته ونفاذه وسجل الحكم وباع مورثه هذه الأطيان للمطعون عليهم فإن الطاعن لا يكون ملزمًا بتسليمهم الأطيان المذكورة كأثر من آثار عقد البيع الصادر لهم[(٢)] .

يتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الحق العينى[(٣)]. لذا فهو مرتبط

= منها ومطالبته بالريع ، لما كان ذلك – وكان البيّن من الأوراق أن الطاعنة أقامت الدعوى بطلب الزام المطعون عليهم بأن يؤدوا لها ريع العقار موضوع التداعى وتسليمها هذا العقار تأسيساً على أنها اشترته بعقد البيع المؤرخ ١٩٥٩/٨/١٩م المحكوم بصحته ونفاذه فى الدعوى رقم ٢٤٣ سنة ١٩٦٧ مدنى بندر سوهاج ، وأن المطعون عليهم يضعون اليد عليه دون سند من القانون فإن الحكم المطعون فيه – مؤيداً للحكم الابتدائى – إذ قضى بعدم قبول الدعوى، تأسيساً على أن الطاعنة لم تسجل عقد شرائها ولم تتسلم العقار المبيع بالفعل وبالتالى لم تنتقل إليها ملكيته أو منفعته ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه . (طعن رقم ١٢١٩ سنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/١٢/١) .

(١) نقض ١٩٧٣/١/٢٥ س٢٤ ص٩٨ .

(٢) نقض ١٩٨٠/١٢/٢٣ س٣١ ص٢١٠٢ .

(٣) م٢٠٦ .

بكل العقود الناقلة لحق عينى كالهبة والشركة والمقايضة ، بل ويترتب على العقود المنشئة لحق شخصى كعقد الايجار ، لذلك تبدو أهمية دراسة أحكام الالتزام بالتسليم ليس فقط بالنسبة لعقد البيع بل بوصفها قواعد عامة تنطبق على غيره من العقود ما لم يفرد المشرع لها أحكاماً خاصة .

ونعرض للالتزام بالتسليم من خلال دراسة : كيفية التسليم ، زمان ومكان ونفقات التسليم ، حالة المبيع ، مقدار المبيع ، ملحقات المبيع ، جزاء الاخلال بالتزام بالتسليم ، حق البائع فى حبس المبيع ، ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم .

المبحث الأول

كيفية التسليم

« ١- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستولِ عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ. ٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » [(١)].

طبقاً للنص المذكور التسليم إما أن يكون فعلياً ، أو قانونياً ، أو حكمياً .

(أ) التسليم الفعلى :

يتم التسليم الفعلى بالطريقة التى تتفق مع طبيعة الشئ. والمبيع إما أن يكون عقاراً أو منقولاً . فتسليم العقار كالأرض أو الدار يكون بتمكين المشترى منه وكف البائع عن الانتفاع به وتسليم المفاتيح ومستندات الملكية . أن وضع المبيع تحت تصرف المشترى الأمر الذى يتحقق به التسليم يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به[(٢)] .

---

(١) م٤٣٥ .

تسليم المبيع . ماهيته . وضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به . م ٤٣٥ مدنى .

الطعن رقم ٣١٨٣ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٥/١/٢٩ .

(٢) نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ س١٠ ص٥٦٧ .

التزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليماً فعلياً . مناطه . أن يكون حائزها الفعلى بوصفه مالكاً لها أو اتفاق المتبايعان على هذا التسليم فى عقد البيع أو فى اتفاق لاحق عليه .

الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩ .

التزام البائع بتسليم المبيع للمشترى . تحديده بالمبيع المتفق عليه . مفاده . تحديده فى الشيء المعين بالذات بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره . م ٤٣١ مدنى =

ويقتضى تسليم العقار التخلى عنه ، وذلك باخلاء البائع للعين أو الأرض إذا كان يشغلها ورفع ما يخصه من أشياء منها وإخراج الغير منها ، وتمكين المشترى من العقار على النحو المتفق عليه فى العقد .

ويتم تسليم المنقول بالمناولة أو بصورة رمزية كتسليم مفتاح المخزن .

وتقرر محكمة النقض بأن حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلاً فى اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ما هو فى الخزانة ، وكون الشئ حاصلاً فعلاً فى حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضى الموضوع فى كل دعوى مما يتوافر فيها من دلائل ، وإذا كان قد نص فى باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحاً لخزانة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها ، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزانة مستأثر بالتصرف فى فراغها ، ومن ثم كانت العبرة فى كل دعوى بظروفها الواقعية ، فحيث تدل هذه الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً وإلا فلا ، وما يراه قاضى الموضوع فى هذا الشأن هو رأى فى مسألة واقعية يستقل بتقديرها ، ولا يخضع قضاؤه لرقابة محكمة النقض[1].

ويمكن أن يتم تسليم المنقول عن طريق تسليم سند الشحن أو سند الايداع . ويتم ذلك غالبًا فى البيوع التجارية ، حيث يكون المنقول قد سلم إلى أمين النقل أو أودع فى أحد المخازن العمومية ، ونذكر بأنه إذا وجب تصدير المبيع للمشترى فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ،

= الطعنان رقما ٩١٩٩ ، ٩٢٤٣ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٧/٣/٢ .

M. Alter, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, P. 223 .

(١) نقض ١٩٤٧/١/٣٠ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٥٨٦ .

ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (١) .

ويقع على البائع عبء إثبات تسليم المبيع ، وقضى تطبيقًا لذلك بأن المخالصة التى اعتمد عليها البائع فى إثبات الوفاء بالتزامه ليست إلا أمراً صادراً إليه من المشترى بتسليم البضاعة إلى أمين النقل ، فإن الحكم إذ قرر أن هذه المخالصة وإن كانت قرينة على حصول التسليم إلا أنه يصح دحضها بكافة القرائن الأخرى ، فليس فيما قرره الحكم ما يخالف قواعد الإثبات (٢) .

ومن المقرر أن التسليم هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات إذ العبرة فيه بحقيقة الواقع (٣) .

(ب) التسليم القانونى :

ويتم التسليم القانونى بتوافر عنصرين :

الأول : وضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يتم التسليم المادى بالفعل أى أننا نكون بصدد عرض حقيقى بتنفيذ الالتزام بالتسليم .

الثانى : يعلم البائع المشترى بأى شكل بوضع المبيع تحت تصرفه ، ويلتزم البائع بتقديم الدليل على قيامه بالاعلان . فقد يتخلف المشترى عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع من البائع ، هنا يتحمل نتيجة اهماله أو تأخره . وقضى بأن المشترى هو المتخلف عن الوفاء متى ثبت أن البائع ما زال يعرض البضاعة عليه أمام المحكمة وأنه هو الذى كان يأبى تنفيذ الاتفاق(٤).

---

(١) م٤٥٩ ، ٤٣٦ .

(٢) نقض ١٩٥٢/١٢/١٨ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٢٨ .

(٣) طعن رقم ٢٥٥١ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٥/١٥ .

(٤) نقض ١٩٥١/٢/٨ نفس المرجع ص٣٥٣ .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع اعلام المشترى أن المبيع وضع تحت تصرفه ، ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو لم يستول المشترى على المبيع استيلاء مادياً ، فإذا تم التسليم على هذا الوجه انقضى التزام البائع به وبرئت ذمته منه ، ولما كان ذلك وكان الطاعنون قد سلموا أرض النزاع إلى المطعون ضدهما الثالث والرابعة على ما ثبت بعقد البيع وتقرير الخبير وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على قوله « إن عين النزاع ليست بيد أحد من الخصوم وأن للمدعين مصلحة فى تسلمها » وكان مؤدى ذلك أن الحكم المطعون فيه جعل للمشترى الحق فى مطالبة البائع بتسليم المبيع بالرغم من انقضاء هذا الالتزام وبراءة ذمة البائع منه بالوفاء ، فإنه يكون قد أخطأ فى القانون بما يوجب نقضه (١) .

ومتى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع لم يوفِ التزاماته المترتبة على العقد حتى وقت الحكم النهائى فى الدعوى ، وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على أن يوقع المشترى على عقد البيع النهائى لا يعد عرضاً حقيقياً يقوم مقام الوفاء بالالتزام ، لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة طبقاً لما توجبه المادتان ٣٣٩ من القانون المدنى ، ٧٩٢ من قانون المرافعات ، وأن الحكم لا يكون قد خالف القانون (٢) .

وقضت بأنه متى كانت محكمة الموضوع إذ عرضت فى أسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالوفاء بالتزامات عقد البيع بدأت ببحث التزام البائع بالتسليم وانتهت إلى أنه عرض على المشترى المبيع عرضاً

---

(١) طعن رقم ٢٥٣٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٦/١٩ .

(٢) نقض ١٩٦٢/١١/٨ س١٣ ص٩٩٢ .

حقيقياً ونفت عنه شبهة التقصير فى الوفاء بهذا الالتزام ثم عرضت لالتزام المشترى بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضاً حقيقياً فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين فى وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشترى فى الوفاء بالتزامه اعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل [1] .

(جـ) التسليم الحكمى :

يكون التسليم حكمياً أو معنوياً إذا لم يتسم بطريقة مادية بل بتصرف قانونى ، أى بتراضى البائع والمشترى على تمام التسليم بتغيير صفة الحائز أو السند القانونى لحيازة المبيع ، ويتحقق ذلك فى فرضين :

الأول : إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع بوصفه مستأجراً أو مستعيراً أو مودعاً لديه أو مرتهناً رهناً حيازياً ، هنا لا يحدث تغيير فى الحيازة المادية ، ويتم التسليم حكماً بالاتفاق ، أى بتغيير نية الحائز وسبب الحيازة ، وتنقلب صفته من حائز عرضى إلى مالك .

الثانى : إذا كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية ، كأن يستأجره مثلاً ويعد ذلك تطبيقاً للمبدأ العام القاضى بأنه : « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه فى الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » [2] .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن النص على أن « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو

---

(١) نقض ١٩٥٨/٢/١٣ س٩ ص٢٠٤ .

(٢) م ٩٥٣ . منصور مصطفى منصور ص ١٣٦ .

لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع ، ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » يدل على أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بنية تملكه مع أعلام المشترى أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى ، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو لم يستول على المبيع استيلاء مادياً ، فيكفى لتمام التسليم مجرد تغير النية سواء باتفاق أو بتصرف قانونى مجرد ، كأن يظل البائع حائزاً المبيع باعتباره مستأجراً ، ويعتبر التسليم فى هذه الحالة حكمياً أو معنوياً ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استخلص سائغاً من الأدلة المطروحة عليه أن مورث المطعون عليهم ومن بعده ورثته يضعون اليد بصفتهم مستأجرين للأطيان التى اشتراها الطاعن وهو ما كان مطروحاً على المحكمة بما يوجب عليها أن تقول كلمتها فيه ، وإذ قضى الحكم باجابة الطاعن إلى طلب تسليمه الأطيان المباعة له على أن يكون التسليم حكمياً فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ويضحى النعى على غير أساس [1] .

(د) إثبات التسليم :

يستقر قضاء النقض على أن التسليم واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات ، إذ العبرة فيه بحقيقة الواقع [2] .

تقضى قواعد الاثبات بأنه على الدائن عبء اثبات الالتزام ، وعلى المدين عبء اثبات التخلص منه . وفى الالتزام بالتسليم ، فإن الدائن هو المشترى والمدين هو البائع . ومن ثم يلتزم المشترى باثبات عقد البيع مصدر الالتزام ، ويلتزم البائع باثبات الوفاء بالتزامه بالتسليم .

---

(١) طعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/١/٢٠ .

(٢) طعن رقم ٢٥٥١ س ٥٥ق جلسة ١٩٩١/١/١٥ .

ويقع على عاتق البائع كذلك عبء اثبات مطابقة المبيع الذى سلمه كما هو متفق عليه فى العقد . فإذا اعترض المشترى عند تسلمه المبيع على تغيره أو عدم مطابقته للمتفق عليه ، فعلى البائع اثبات ان المبيع لم تتغير حالته عما كانت عليه وقت البيع لأنه هو المدين بالالتزام بالتسليم . وإذا لم تكن حالة المبيع قد وصفت فى العقد ، فالمفروض بقاء الشىء على أصله ، ومن ثم إذا ادعى المشترى غير ذلك فعليه عبء الاثبات .

وإذا تسلم المشترى المبيع دون تحفظ أو اعتراض ، فليس له الاحتجاج بأن المبيع قد تغيرت حالته عما هو متفق عليه فى العقد ، وعلى البائع عبء اثبات قبول المشترى للمبيع صراحة أو ضمناً .

المبحث الثانى
زمان ومكان ومصاريف التسليم

يتعهد البائع ، كقاعدة عامة ، بتسليم المبيع فى المكان والزمان المتفق عليهما فى العقد [١] .

(أ) وقت التسليم :

يتم التسليم فى الوقت المحدد فى العقد ، فإذا لم يحدد العقد وقتًا لذلك وجب تسليم المبيع فور انشاء العقد ، هذا مع مراعاة المواعيد التى تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف [٢] ، وذلك كمنح البائع مهلة لافراز المبيع أو تجنيبه فى المخزن أو الحصول عليه من الأسواق .

والقاعدة أنه إذا لم يحدد ميعاد التسليم ، فالأصل أن يكون فور انعقاد العقد ، إلا إذا تبين من ظروف التعاقد ونية الأطراف ضرورة مراعاة مدة معقولة يترك للقاضى تحديدها على ضوء طبيعة المبيع ، كما لو كان شيئًا مستقبلاً تحت الانشاء أو التصنيع ويجوز للقاضى ، فى البيع المدنى دون التجارى ، منح البائع مهلة فى التسليم إذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

ويتم الاتفاق ، غالبًا ، على تحديد أجل للتسليم . وهذا التحديد قد يتم بصورة محددة وقاطعة ، هنا يتعين على البائع الوفاء بالتزامه فى الميعاد المحدد دون حاجة إلى إعذار ، وإلا كان مخطئًا وتثور مسئوليته العقدية . وذلك بخلاف الحال عند تحديد الميعاد بصورة تقريبية حيث يتمتع البائع بمرونة فى التسليم على حسب ظروف الانتاج والسوق دون تعسف أو مغالاة ، ويمتد أو

---

(١) نقض ١٩٥٧/٦/٢٧ س٨ ص٦٤٣ .

(٢) نقض ١٩٣٨/٢/٣ طعن ٧٣س ٢١ق .

يتراخى أجل التسليم عن الميعاد المحدد فى حالة وجود قوة قاهرة مؤقتة تعوق تنفيذ الالتزام بالتسليم .

ويبدأ احتساب ميعاد التسليم من تاريخ ابرام العقد ، ولكن قد يتراخى هذا التاريخ إلى وقت لاحق هو استكمال المشترى لبعض الاجراءات أو الوفاء بالتزامه بدفع الثمن .

ويتم تحديد ميعاد التسليم باستظهار نية المتعاقدين وما تستخلصه المحكمة من أوراق الدعوى وظروفها ، ويعتبر تقدير المحكمة تقديراً موضوعياً مما يستقل به قاضى الموضوع دون رقابة عليه لمحكمة النقض (١) .

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : إن التعرف على تاريخ تسلم المشترى للمبيع هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضائه على أسباب سائغة لها معينها فى الأوراق (٢).

ويلاحظ أنه إذا وجب تصدير المبيع للمشترى فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (٣) .

(ب) مكان التسليم :

إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً لتسلم المبيع وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

إذا كان محل الالتزام شيئًا معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد

---

(١) المادة ٥٨٠ من المشروع التمهيدى ، وحذفت لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، الأعمال التحضيرية ٤ص ٧٤ .

(٢) طعن رقم ١٦٩٦ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/٢/١ .

(٣) م ٤٣٦ .

فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال [1] .

يتضح من ذلك أنه إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات وحدد مكانه وقت العقد ، فإن مكان التسليم يكون فى مكان وجود المبيع وقت البيع . وإذا حدد فى العقد مكان للمبيع غير مكان وجوده الفعلى، فإن التسليم يكون فى المكان المحدد بالعقد . وإذا كان المبيع شيئًا مستقبلاً ، فإن التسليم يكون فى مكان تصنيع الشىء أو وجوده.

وإذا كان المبيع معيناً بالنوع ، فإن مكان التسليم يكون موطن البائع إعمالاً لقاعدة أن الدين مطلوب وليس محمول . ويكون التسليم فى مركز أعمال البائع إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال .

وإذا التزم البائع بارسال المبيع إلى مكان معين ، فلا يتم التسليم إلا بوصوله فيه ، ما لم يتفق على غير ذلك . فإذا كنا بصدد بضاعة واجبة التصدير إلى مكان معين ، فإن مكان التسليم يكون هو مكان وصول البضاعة . ويجرى العمل فى البيوع التجارية على أن التسليم يتم بتسليم المبيع إلى أمين النقل .

(جـ) نفقات التسليم :

تقع نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك [2] ، ويدخل فى هذه النفقات ما صرف على المبيع فى نقله إلى مكان التسليم وفى مقاسه ووزنه وحزمه ، ويعد ذلك تطبيق للقواعد العامة التى تقضى [3] بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، فالبائع مدين بالتسليم ويتحمل نفقاته والمشترى مدين بالتسلم ويتحمل نفقاته ما لم يتفق على غير ذلك .

---

(١) م٤٦٣ ، ٣٤٧ .
(٢) م٤٦٤ .
(٣) م٣٤٨ .

ومؤدى ما سبق أن ما يقتضيه التسلم من نفقات - فى النقل والشحن وغير ذلك - فهو على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهى على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسلم - إذا كان المكانان مختلفين - تكون على المشترى ، وإذا كان المشترى فى مكان غير مكان البائع واشترط التسليم خالص الأجر ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشترى ونفقات النقل عليه .

بل قد يشترط المشترى أن يكون التسليم خالصاً لا من أجر الشحن وحده ، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تجبى وقت خروج البضاعة من بلد البائع ، أو أثناء عبورها الطريق ، أو عند وصولها إلى بلد المشترى ، أما رسوم الاستهلاك التى تجبى عن تسلم المبيع ، فهى على المشترى ، وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها (١) .

---

(١) الأعمال التحضيرية ٤ ص١٦٢ .

المبحث الثالث

حالة المبيع وقت التسليم

(أ) حالة المبيع وقت ابرام البيع :

يلتزم البائع بتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت ابرام عقد البيع (١) ، وينصرف ذلك بطبيعة الحال إلى المبيع المعين بالذات حيث يفترض أن المشترى عاينه أو علم به علمًا كافيًا ، وارتضاه بحالته الكائنة ، ولو كان على حالة سيئة ، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، كما لو تم اشتراط تسليم المبيع فى حالة جيدة .

إن النص على أن يلتزم البائع بتسلم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع يدل على أن محل التزام البائع بتسلم العين المبيعة إلى المشترى يتحدد بالمبيع المتفق عليه فى عقد البيع وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره (٢) .

فإذا كان الشئ المبيع عقارًا على الشيوع ، فإن التسليم يتم بنفس الحالة.

وتقرر محكمة النقض بأنه لا يجوز للمشترى بقدر مفرز فى العقار الشائع أن يطالب بالتسليم مفرزًا لأن البائع له - الشريك على الشيوع - لم يكن يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى

---

(١) م٤٣١ .

وقوع خطأ مادى فى التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لا يمنع البائع من طلب تصحيحه وفقًا لما تقضى به المادة ١٢٣ من القانون المدنى .

(٢) طعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٤/١٢ .

Cass. Civ. 12 Juill. 2001, J.C.P. 2002, 10143, n. Maupas.

الشركاء جميعاً ، ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه ، هذا بالاضافة إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من افراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون (١) .

ولا يعتبر وجود مستأجر فى العين المبيعة عائقاً يحول دون التسليم متى كان عقد الايجار نافذاً فى حق المشترى وكان البائع قد أعلمه به ، إذ يصبح المستأجر حائزاً لحساب المشترى (٢) .

وإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع ، فإن العقد هو الذى يحدد الحالة التى يجب تسليمه فيها ، ويلتزم البائع بأن يسلم شيئاً من الصنف المتفق عليه ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيئ من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، إلتزام البائع بتسليم شيئ من صنف متوسط ، وفى حالة البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً (٣) .

---

(١) نقض ١٩٧٤/١٢/٣ س٢٥ ص١٣٢٤ .

(٢) لما كان الالتزام بالتسليم وفقاً لنص المادة ٤٣١ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام البيع مما مقتضاه أن البائع يلتزم بتسلم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع ويتم ذلك بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من الانتفاع به بغير حائل مع اعلانه بأن البيع قد وضع تحت تصرفه . ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو لم يستولى المشترى على المبيع استيلاء مادياً فيكفى لتمامه مجرد تغير النية سواء باتفاق أو بتصرف قانونى مجرد . ويعتبر التسليم فى هذه الحالة حكمياً أو معنوياً ولا يعتبر وجود مستأجر فى العين المبيعة عائقاً يحول دون التسليم متى كان عقد الايجار نافذاً فى حق المشترى وكان البائع قد أعلمه به إذ يصبح المستأجر حائزاً لحساب المشترى ، لما كان ذلك وكان البيّن من مدونات الحكم المطعون فيه أنه قضى للمطعون ضده الأول بالتسليم لأطيان النزاع بالحالة التى كانت عليها عند التعاقد باعتباره أثره من آثار البيع مما مفاده أنه قضى بالتسليم الحكمى أو المعنوى بما لا يتعارض مع حقوق الطاعن كمستأجر لها ويكون قد التزم صحيح القانون ويضحى النعى عليه بسبب الطعن على غير أساس . طعن رقم ٤٠١٥ س٦٠ق جلسة ١٩٩٢/٦/٣ .

(٣) م ٢/١٣٣ ، -٢٤ ، نقض ١٩٥٠/١٠/٢٥ س١٠ ص ٥٦٧.

والتزام البائع بالمحافظة على المبيع وتسليمه بحالته وقت العقد هو التزام بتحقيق نتيجة ، فلا يجوز له أن يستبدل به غيره ولو كان مساوياً له فى القيمة أو أزيد منه ، ولا يجوز للبائع أن يحدث تغييراً فى المبيع ، إلا إذا وافق المشترى على ذلك بطبيعة الحال .

(ب) تغير حالة المبيع :

١ – إذا حدث **تغيير فى حالة المبيع إلى أسوأ** بفعل البائع أو فعل الغير أو بسبب أجنبى كان البائع ملزماً باعادة المبيع إلى حالته المتعاقد عليها أو تعويض المشترى عن ذلك ، ويحق لهذا الأخير أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى .

٢ – وإذا كان **التغيير إلى الأحسن** بسبب أجنبى كالتصاق الطمى بالأرض الزراعية ، فإن ذلك يكون من حق المشترى دون التزام بدفع ما يقابله لأنه صاحب حق فى نماء المبيع من وقت العقد .

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره ، ومفاد ذلك أن المشترى يتملك ثمر المبيع من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل ، يستوى فى ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلى المشترى أو تراخى انتقالها إلى وقت لاحق [(٢)] .

٣ – وإذا **حدث التحسين بفعل البائع** كاقامته مبانٍ أو منشآت أو تحسينات بالأرض المبيعة فإنه يعامل معاملة البانى فى ملك الغير [(٣)]. ويعامل

---

(١) السنهورى ص ٥٦٠ .

(٢) نقض ١٩٦٤/٧/٢ س١٥ ص٨٩٥ .

(٣) وتطبق أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٨٠ .

وطبقاً للمادة ٩٢٤ إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أقامها مع =

البائع معاملة البانى فى ملك الغير حتى ولو لم تنتقل الملكية بعد إلى المشترى لأن البائع يكون قد أخل بالتزامه بتسليم المبيع بحالته وقت العقد .

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأن : « البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد ، فإذا هو أقدم ، قبل نقل الملكية للمشترى بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد فأحدث زيادة فى هذا العقار (بناء) بينما المشترى يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده فلا مخالفة لقانون التسجيل فى أن تعتبره المحكمة – بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل – كأنه أحدث تلك الزيادة فى أرض مملوكة لغيره يفصل فى أمرها قياساً على حالة من أحدث غراساً أو بناء فى ملك غيره » (1) .

(جـ) حالة المبيع المحدد بالنوع :

بالنسبة للمبيع المحدد بالنوع ، إذا لم يحدد العقد حالة المبيع ودرجة جودته، فإنه يتم تحديد ذلك على ضوء كافة الظروف حيث يجب الرجوع إلى العرف لاستخلاص درجة الجودة التى اتجهت إليها نية الأطراف ، على

=التعويض إن كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة .

وطبقًا للمادة ٩٨٠ على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ، أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ ، فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة .

(1) نقض ١٩٣٢/٢/٨ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٣٥٤ .
نقض ١٩٥٤/٣/٢٩ مجموعة عمر ٤ ص ٦٠١ .

ضوء الغرض المقصود من العقد ، فالمبيع يجب أن يكون صالحًا لهذا الغرض[1] . ويستقل قاضى الموضوع بتحديد مدى صلاحية المبيع للغرض من شرائه . ويمكن استخلاص درجة الجودة على ضوء الثمن المحدد فى العقد .

وإذا تعذر استخلاص درجة جودة المبيع من خلال العقد ، فإن البائع يلتزم بتقديم شيء من صنف متوسط . وإذا كان مقدار المبيع محدداً بالوزن ، فإن العبرة بالوزن الصافى وليس بالوزن الاجمالى ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف على خلاف ذلك .

(د) مطابقة المحل للمواصفات :

يتعين للوفاء بالإلتزام بالتسليم أن يكون المحل المسلم مطابقًا للقدر وللمواصفات المتفق عليها أو التى تقتضيها قواعد المهنة وعرف التعامل . وغالبًا ما ترد المعاملات الإليكترونية على أشياء أو خدمات تتسم بالطبيعة الفنية التى ينبغى أن تتناسب وأوضاع معينة أو تفى باحتياجات محددة . كبرامج الحاسب الآلى ، والأدوية والمواد الكيميائية ، من هنا يبدو التسليم ، ليس كمجرد عمل مادى ، بل ينبغى أن يكون المحل صالحًا للاستخدام وفقًا لطبيعته والغرض الذى تم تخصيصه له أو التعاقد عليه من أجله . ويمكن الاستدلال على تلك الصفات والأغراض من خلال الوثائق التعاقدية التى تشير صراحة إلى ذلك ، وقد يستشف ذلك ضمناً من ملابسات العقد .

وقد يتم تحديد المواصفات والمطابقة من خلال اشتراط تقديم شهادة جودة L'attestation de la quialité ، حيث أصبح هناك حد أدنى من الصفات العلمية التى يتعين توافرها فى المنتج المعد للتصدير للخارج . وهناك منظمات عالمية تتولى إصدار شهادات الجودة لكل من يطلبها . ويقع

---

(1) Com., 28 mai 2002, Contrats Conc. Consom. 2002, n. 138, n.L. Leveneur.

على عاتق الملتزم بالتسليم الحصول على هذه الشهادة لإثبات مطابقة المنتج لمواصفات العالمية . وتعتبر المنظمة مسئولة تعاقدياً ، فى مواجهة المتعاقد معها ، عن إصدار هذه الشهادة . وللغير أن يرجع عليها بدعوى المسئولية التقصيرية متى أثبت إصابته بضرر نتيجة إصدار هذه الشهادة (١).

وكقاعدة عامة فإن هذا الالتزام يتمثل فى تحقيق نتيجة ، ما لم يتحفظ المدين بأنه سيبذل العناية الكاملة كى يكون المنتج مطابقًا للمواصفات ، أو ملبياً للأغراض المنظورة منه ، كالالتزام بتركيب وابتداع مادة كيميائية معينة لغرض محدد أو تصميم برنامج حاسب لمهمة ما .

إن الحكم على مدى مطابقة المحل للمواصفات ، يقتضى ، أحياناً ، التسلم والتشغيل أى تجربته فترة معينة للتعرف على صلاحيته وسلامته ، ولا يكفى مجرد الفحص الظاهرى أو قراءة الخصائص والصفات المدونة عليه . ولعل عمل محضر تسليم يفيد التحفظ وإبداء الملاحظات على النظرة المبدئية والتشغيل الأولى ومدى وجود المطابقة يبدو على درجة كبيرة من الأهمية ، حيث ينبغى تسجيل نتائج الاختبارات التى تم إجراءها خلال فترة الضمان(٢).

ولا يؤثر فى ذلك وجود بعض المشكلات العارضة فى التشغيل والنتائج طالما كان ذلك فى حدود النسبة المتعارف عليها والمقبولة فى العمل ، وكذلك الحال بالنسبة للأعطال الطارئة طالما وجد الالتزام بالضمان والصيانة .

(هـ) الإلتزام بالصيانة :

يرتبط الالتزام بالصيانة ، غالبًا ، بالالتزام بالتسليم . والصيانة نوعان : فهناك الصيانة الوقائية للمحافظة على الأجهزة والاحتفاظ بكفاءة تشغيلها وحمايتها ، وهناك الصيانة الإصلاحية التى ترمى إلى إصلاح كل عطل طارئ(٣) إعمالاً لأحكام الضمان .

---

(١) Bensaussan, l'informatique et le droit , 1994, P. 520.

(٢) Cass. com. 3 jan. 1995, Lamy., P. 5.

(٢) CA. Paeis 1 Juill. 1999, D. d;affaires 1999 obs. T.F.

المبحث الرابع
مقدار المبيع وقت التسليم

يلتزم البائع بتسليم المبيع بالقدر المتفق عليه فى العقد ، فإذا كان المبيع من المثليات وجب تعيين مقداره أو ما يستطاع به تعيين هذا المقدار ، وإذا لم يسلم البائع القدر المتفق عليه ، جاز للمشترى أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض [1] .

وإذا كان المبيع معيناً بذاته دون التعرض لمقداره كبيع قطعة محددة المعالم دون ذكر مساحتها فإن البائع يلتزم بتسليمها بحالتها دون أن يسأل عن مقدارها ، وقد يتفق الطرفان صراحة على تحديد مقدار المبيع بالكيل أو الوزن أو المقاس ، ويتم تحديد الثمن جملة أو على أساس الوحدة [2]. يضمن البائع فى هذه الحالات تسليم المبيع بالقدر المتفق عليه ، هنا يثور التساؤل عن الحكم فى حالة وجود عجز أو زيادة فى المبيع .

(أ) نقص المبيع :

« إذا عين فى العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد » [3] .

---

(١) م١٣٣ ، ٢٠٥ .

(٢) تعيين القدر المبيع فى العقد . ضمان البائع لهذا القدر سواء كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو تعين جملة واحدة . (الطعن رقم ٣٤ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٥/٤/٢٧) .

(٣) م١/٤٣٣ .

وتطبيق هذا الحكم فى حالة الادعاء بوجود عجز فى المبيع محله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس أو قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم به بأن سلم المبيع أقل قدراً مما هو متفق عليه (١) .

مؤدى ذلك أنه إذا نقص المبيع عن القدر المتفق عليه فى العقد فإنه يتم اعمال الجزاء المتفق عليه بين المتعاقدين (٢) ، وإذا لم يوجد اتفاق حول هذا الموضوع فإنه يرجع فى ذلك إلى العرف ، فقد يجرى العرف على التسامح فى قدر معين من العجز ، كما هو الحال فى البيوع التجارية . وإذا لم يوجد عرف ، كان للمشترى الحق فى انقاص الثمن بقدر ما لحق به من ضرر ، وليس من الضرورى أن يكون انقاص الثمن بنسبة ما نقص من

---

(١) نقض ١٩٦٦/٢/١ س١٧ ص٢٠٥ .

تمسك الطاعن أمام محكمة الاستئناف برجوع النقص فى المبيع إلى قيام المطعون ضدها ببيع المقدار الناقص إلى آخر وطلبه تحقيق ذلك . دفاع جوهرى . التفات المحكمة عن بحثه . قصور . (الطعن رقم ٣٤ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٥/٤/٢٧) .

(٢) أن مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع جعل للمشترى الحق فى ضمان البائع القدر الذى تعين للمبيع بالعقد إذا وجد عجزاً فيه بطلب انقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال ، وإذ كان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بتاريخ ١٩٧٧/٥/٧ قد انتهى – ودون نعى عليه فى ذلك إلى أن الطاعنين قد ارتضوا الصفقة منقوصة ، فإنه لا يكون لهم إلا طلب انقاص الثمن وذلك بنسبة ما نقص من المبيع ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد خلص صحيحاً وعلى ما سلف بيانه – إلى أن مقدار المساحة التى تسلمها الطاعنون من الأرض المثبتة بعقد البيع محل النزاع هى سبعون فداناً ، وأن ثمنها وفق السعر المتفق عليه فى العقد هو مبلغ ٧٠٠٠ جنيه بعد انقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع فإنه إذا لم يعتد بوفاء الطاعنين لمبلغ ٤٠٣٨,٥٩٢ جنيهاً للمطعون ضدهم وفى الضرائب العقارية على سند من أنه لا يعد وفاء بكامل الثمن ورتب على ذلك قضاءه بفسخ العقد يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً ، ويكون النعى عليه بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون على غير أساس . طعن رقم ٢١٧٥ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/٥/٧ .

المبيع ، فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك [1].

وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان الشرط الاضافى الوارد فى العقد قد ألزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التى لا يوردها فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً فى تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته ويقع على عاتق المدين (البائع) فى هذه الحالة عبء إثبات انتفاء الضرر اعمالاً للشرط الجزائى [2] .

وقضت بأن البائع يضمن للمشترى القدر الذى تعين للمبيع بالعقد ، وذلك دون تمييز بين ما إذا كان قد قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة ، بل جعل للمشترى الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزاً فى المبيع بطلب انقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد [3] .

---

(١) الأعمال التحضيرية ٤ ص٦١ .

تمسك المشترى بأنه أوفى البائع كامل الثمن بعد استنزال قيمة العجز الذى تكشف فى المساحة المبيعة مما لا يحق له فصخ العقد والتدليل على ذلك بمستندات . دفاع جوهرى. التفات الحكم عنه وعدم العناية بتمحيصه . قصور .

(الطعن رقم ٨٠٤٤ لسنة ٦٥ق – جلسة ١٩٩٦/٧/٧) .

(٢) نقض ١٩٥٩/١١/١٢ س١٠ ص٦٤١ .

(٣) نقض ١٩٧٠/١١/٣ س٢١ ص١١٠٥ .

إن النص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى على أنه « إذا كان المبيع قد عين مقداره فى العقد كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يجر الاتفاق على غير ذلك ... » يدل على أن البائع يضمن للمشترى القدر الذى تعين للمبيع بالعقد وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين جملة واحدة بأن جعل المشرع للمشترى الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزاً فى المبيع بطلب انقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد . لما كان ذلك وكان عقد البيع موضوع النزاع المؤرخ ١٩٨٥/٧/٢٥ قد تضمن أن مساحة المنزل المبيع مائة وعشرين متراً مربعاً وتبين عند قياسه تمهيداً لتسجيل العقد وجود عجز فى هذه المساحة مقداره ٣٣,٧٢ متراً فإن البائع يكون مسئولاً عن هذا النقص بحسب ما =

ويستطيع طلب فسخ العقد إذا أثبت أن نقص المبيع كان من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد ، ولا يجوز التمسك بالفسخ أو طلب التعويض لأول مرة أمام محكمة النقض . فقد قضى بأنه : متى كان النزاع قد دار بين الطرفين أمام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التى تم عليها التعاقد ولم يتمسك المشترى صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذى يدعيه فإنه لا يكون هناك محل لاثارة الجدل بشأنه أمام محكمة النقض (١) .

(ب) زيادة المبيع :

إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد ، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشترى ، إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ، أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت هذه الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه (٢) .

إذا وجد بالمبيع زيادة عند التسليم ، وجب اعمال اتفاق المتعاقدين إن وجد ، وإلا تم العمل بالعرف السائد ، فإن لم يوجد عرف طبق الحكم السابق والذى يفرق بين فرضين :

الأول : إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعين ، لأن بيان المقدار فى مثل هذه الظروف يكون على سبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شيئ من الثمن ولذلك يبقى المبيع ، ولا يطالب المشترى بزيادة فى الثمن .

= يقضى به العرف ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر على سند من أن قصد المتعاقدين هو المنزل وليس المساحة المقام عليها وهو ما يقضى به العرف – دون أن يتثبت من قيام ذلك العرف أو يبين مصدره فإنه يكون معيبًا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه . طعن رقم ١٥٤٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٠ .

(١) نقض ١٩٥٧/٥/١٦ س٨ ص٤٧٩ .

(٢) م٣/٤٣٤ .

الثاني : إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعيض فإن الزيادة تكون للبائع ، أما إن كان المبيع غير قابل للتبعيض وجب على المشترى تكملة الثمن بما يعادل الزيادة فى المبيع ، إلا إذا كانت هذه الزيادة جسيمة فيجوز له طلب الفسخ .

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه : إذا كان البيع انصب على قدر معين وتم بسعر الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعيض دون ضرر - كما هو الحال بالنسبة للفحم الكوك موضوع التداعى - فإن ما يستولى عليه المشترى زيادة عن القدر المبيع لا يشمله عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس السعر ، ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائداً عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولا يسرى فى شأنها التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٤٣٤ من القانون المدنى (١) .

وقضت بأن التمييز بين البيع الجزافى والبيع بالتقدير هو أمر يتعلق بتحديد الوقت الذى تنتقل به ملكية المبيع للمشترى فى كل منها وتعيين ما إذا كان البائع أو المشترى هو الذى يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم، وإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بأحقية المشترى فى أخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع بلا مقابل على مجرد اعتباره البيع جزافًا مع أنه ليس من مؤدى ذلك حتماً اعمال هذا الحكم ومناطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة فإن الحكم يكون قاصر البيان (٢) .

(جـ) تقادم الدعاوى الناشئة عن نقص المبيع أو زيادته:

إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشترى فى طلب انقاص

---

(١) نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ س٢٩ ص١٧٧٧ .

(١) نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ س١٤ ص٤١٨ .

الثمن أو فى طلب فسخ العقد ، وحق البائع فى طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت مدة سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً [1] ، أى أن كل من دعوى انقاص الثمن ، ودعوى تكملة الثمن ، ودعوى فسخ العقد تتقادم بمدة قصيرة هى سنة واحدة تسرى من وقت التسليم الفعلى للمبيع .

ويسرى التقادم السالف فى حالة ما إذا كان المبيع قد عين فى العقد ، أما إذا لم يتعين مقداره ، إذ كان مبيناً به على وجه التقريب فإن دعوى البائع لا تتقادم بسنة ، بل تتقادم بخمس عشرة سنة [2] .

---

(١) م ٤٣٤ .

(٢) نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ س٢٦ ص١٧٢٧ .

إن النص فى المادة ٤٣٣ من القانون المدنى على أنه « إذا عين فى العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك ... » وفى المادة ٤٣٤ منه على أنه « إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة فإن حق المشترى فى طلب انقاص الثمن أو فى طلب فسخ العقد، وحق البائع فى طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا » يدل على أن مسئولية البائع عن العجز فى المبيع تكون عندما يتبين أن القدر الحقيقى الذى يشتمل عليه البيع ينقص عن القدر المتفق عليه فى العقد ، وأن تقادم حق المشترى فى انقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب العجز فى المبيع بانقضاء سنة من تسليمه تسليماً فعلياً إنما يكون فى حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد ، أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبيناً به على وجه التقريب فإن دعوى المشترى لا تتقادم بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة . ولما كان البيّن من الحكم المطعون فيه أنه واجه دفع الطاعن واستبعد تطبيق التقادم الحولى على دعوى المطعون ضدهما قبله بطلب انقاص الثمن لوجود عجز فى الأرض المبيعة بقوله « إن الثابت من عقد البيع الابتدائى أنه وإن كان المستأنف ضدهما قد تسلما المبيع وقت تحرير العقد فى ١٩٧٨/٣/٤ إلا أن العقد ذاته فى أحد بنوده علق أداء باقى الثمن وقدره ٥٠٠٠ جنيه على الأجل الذى يوقع فيه العقد النهائى حيث العبرة فى احتساب الثمن النهائى يكون حسب ما يظهره كشف التحديد المساحى المعتمد من الشهر العقارى ، لما كان ذلك فإن التسليم الحاصل فى تاريخ تحرير العقد لا يعول عليه طالما كان احتساب الثمن النهائى مرتبطاً بما يظهره كشف التحديد، ولما كانت الأوراق تفتقر إلى وجود كشف رسمى معتمد من مصلحة الشهر العقارى كاشف عن حقيقة المساحة المبيعة فإن الدعوى لا تكون قد تقادمت » ، مما مفاده أن الحكم خلص إلى أن مقدار المبيع لم يعين فى عقد البيع مستدلاً على ذلك =

ولا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زيادة عن القدر المبيع ، مطالبة بتكملة الثمن ولا يسرى فى شأنها التقادم الحولى (١) .

أى أن ما يضع المشترى يده عليه من أطيان البائع مما لا يدخل فى عقد البيع فإنه يعد مغتصباً له ولا تتقادم دعوى المطالبة به بالتقادم الحولى (٢) .

= بما اتفق عليه الطرفان فى أحد بنود العقد من أن المرجع فى تعيين هذا المقدار توصلاً لاحتساب الثمن النهائى هو بما يظهر مستقبلاً من كشف التحديد المساحى الرسمى ، وبالتالى فلا تكون الدعوى قد تقادمت بسنة . طعن رقم ٨٦٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٢ .

تقادم حق المشترى فى انقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب العجز فى المبيع بانقضاء سنة من وقت تسليمه فعلياً . شرطه . تعيين مقدار المبيع فى العقد . بيان المبيع على وجه التقريب أو عدم تحديد مقداره . أثره . تقادم الدعوى بخمس عشرة سنة . المادتان ٤٣٣، ٤٣٤ مدنى .(الطعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩) .

وجود نقص فى المبيع عن المقدار المتفق عليه فى العقد . سقوط حق المشترى فى طلب انقاص الثمن أو فسخ العقد بالتقادم بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع . شرطه . تعيين مقدار المبيع فى العقد . بيانه على وجه التقريب أو عدم تعيينه . أثره . تقادم الدعوى بخمس عشرة سنة . (الطعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٧/١٢/١٨) .

– النص فى عقد البيع على أن المساحة المبيعة تحت العجز والزيادة . مفاده . عدم تحديدها على الطبيعة تحديداً قاطعاً وقت ابرام العقد . أثره . سقوط حق المشترين فى المطالبة بانقاص الثمن بخمس عشرة سنة . (الطعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٧/١٢/١٨).

(١) نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ السابق .

(٢) نقض ١٩٦٧/٥/١٨ س١٨ ص١٠٣٠ .

المبحث الخامس

ملحقات المبيع

يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقًا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين [(١)] .

المرجع فى تحديد الملحقات الواجبة التسليم مع المبيع هو اتفاق المتبايعين، وإذا لم يوجد اتفاق ، وجب الاستهداء بالعرف وطبائع الأشياء . ويقصد بالملحقات كل ما يعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء على الوجه المألوف أو طبقاً لما يستشف من ظروف التعاقد .

وتختلف الملحقات بحسب طبيعة المبيع ، فملحقات العقار تتمثل فى مستندات ملكيته، وحقوق الارتفاق المقررة له أو عليه، والدعاوى المرتبطة به ، مثل دعوى الضمان المقررة لمالك البناء ضد المهندس والمقاول ، والدعوى الناشئة عن عقد التأمين على المبنى .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشترى بما يكملها وبما يحددها ، ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتنصيص عليه بالذات فى عقد البيع كى يمكن للمشترى التحدى به ، وإذا كان الحكم بازالة البناء الذى أقامه المدعى عليه فى الأرض التى اشتراها مؤسساً على أن المشترى إذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به فى مواجهة البائع فقد التزم التزاماً شخصياً بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق ، فهذا الحكم

---

(١) م٤٣٢ .

(٢) Hemard, la délivrance, R. Com. 1979, 139.

يكون موافقاً للقانون [1] .

وقضت أيضاً بأنه متى كان عقد الايجار منصوصاً فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر فى الأعيان من اصلاحات أو انشاءات تكون ملكاً للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع ، فتنتقل بحكم القانون إلى المشترى، وتبعاً لذلك يكون للمشترى حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان [2] .

ويشمل بيع المنزل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولا يشمل منقولاً يمكن فصله دون تلف كالأثاث واللوحات والثريات المعلقة . ويشمل بيع الأرض الزراعية الزراعات القائمة بها والمنقولات المخصصة لخدمتها ، ولا يشمل ما نضج من المحصول . وبالنسبة لبيع البستان فإنه يشمل ما فيه من أشجار مغروسة ولا يشمل الثمار الناضجة ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل [3]. ويشمل بيع الحيوان صغاره التى يرضعها والصوف والشيئ المهيئ للجز . وتعتبر من ملحقات المحل التجارى اجارة المكان والاسم التجارى والعلامة التجارية والرخص الادارية .

وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره [4] .

وتقرر محكمة النقض بأن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ ابرام البيع فيمتلك المشترى الثمرات والثمار فى المنقول

---

(١) نقض ١٩٤٩/١/١٣ مجموعة عمر ٥ ص٧٠٣ .
(٢) نقض ١٩٥١/١١/٢٢ س٣ ص٨٣ .
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٥٣ ، ٥٤ .
(٤) م ٢/٤٥٨ .

والعقار على السواء ، ما دام المبيع شيئًا معيناً بالذات من وقت تمام العقد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوى فى بيع العقار أن يكون المبيع مسجلاً أو غير مسجل ، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ، ولو لم يسجل العقد (١) .

ويعتبر من الملحقات القانونية الضرورية المستندات الإدارية التى يتطلبها القانون ، كرخصة تسيير السيارة حيث يتعين على البائع تسليمها إلى المشترى. وشهادة المنشأ بالنسبة للبضائع متى استلزم القانون ذلك ، وفاتورة الثمن إذا كانت لازمة لتقدير الرسوم الجمركية على المبيع . والترخيص بالبناء على الأرض المبيعة ، والتراخيص التجارية باستغلال المتجر المبيع .

---

(١) نقض ١٩٧٣/١/٣ س٢٤ ص٩ .
نقض ١٩٦٩/١/٢٣ س٢٠ ص١٥٠ .

المبحث السادس

جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم

يعتبر التزام البائع بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة ، يتحقق الاخلال به بمجـرد عدم اتمامه أو التأخير فيه أو اتمامه بطريقة معيبة .

يؤدى اخلال البائع بالتزامه بالتسليم ، بأى وجه ، إلى أعمال حكم القواعد العامة التى تقضى بأنه فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى [1] .

(أ) التنفيذ العينى :

١ – يستطيع المشترى طلب اجبار البائع على تسليم المبيع إذا كان معيناً بذاته وموجوداً لم يهلك ولم يتم التصرف فيه .

فإذا لم يقم البائع بتسليم المبيع المعين بالذات ، جاز للمشترى أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالزام البائع بتسليمه المبيع ، ويتم تنفيذ الحكم جبراً . ويجوز للقاضى ، لحث المشترى على تنفيذ التزامه عيناً ، الحكم على البائع بغرامة تهديدية عن كل يوم تأخير فى تنفيذ التزامه بالتسليم .

وإذا تم تسليم مبيع معين معيب أو غير مطابق للمعقود عليه ، كان للمشترى طلب استبداله أو اصلاحه . ويجوز انقاص الثمن المستحق للبائع ، فهو يحصل على الثمن المناسب للمبيع الذى تم تسليمه[2] .

يشترط لاجبار المدين البائع على تسليم العين المبيعة إلى المشترى أن

---

(١) م ١٥٧ .

(٢) Cass. Civ. 1, 19 mars 2002, Contrats Conc. Consom, 2002, n. 108.

يكون هذا التسليم ممكنًا ، فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقًا قانونيًا ، استحال الوفاء بهذا الالتزام عينًا للمشترى الأول (١) .

٢ – وإذا كان المبيع معينًا بنوعه ، فللمشترى بعد استئذان القضاء الحصول على المبيع من الأسواق على نفقة البائع ، وبدون هذا الاذن فى حالة الاستعجال (٢) .

ويشترط للتنفيذ على نفقة البائع إعذاره أولاً بالتنفيذ خلال مدة معينة ، وينبغى انتظار فوات تلك المدة . ويجب الحصول على ترخيص من القضاء ، فى غير حالة الاستعجال ، فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . والاستعجال مفترض فى البيوع التجارية ولا يكون التنفيذ على نفقة المدين إلا إذا كان المبيع من المثليات التى يمكن الحصول عليها من غير البائع .

ويقع على عاتق المشترى عبء اثبات قيامه بالتنفيذ على نفقة المدين وتكاليف ذلك ، ويجب على المشترى إخطار البائع بذلك حتى يسترد منه كافة نفقات التنفيذ . ويراقب القاضى مدى تعسف المشترى فى التنفيذ أو مبالغته فى النفقات .

(ب) التنفيذ بمقابل :

ويجوز التنفيذ بمقابل نقدى للمبيع إذا تعذر التنفيذ عينًا ، أو كان ممكنًا ولكن المشترى طلب التنفيذ بمقابل ولم يبد البائع استعداده للتسليم . وإذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للبائع ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، إذا كان ذلك لا يلحق بالمشترى ضرراً جسيماً (٣)

---

(١) نقض ١٩٧٠/١٢/٣ س٢١ ص١٢٥٥ .
نقض ١٩٨٤/٢/٢٦ طعن ٧٢٦ س٥١ق .
(٢) م ٢٠٩ .
(٣) م ٢٠٣ .

ومـؤدى ذلك ان المـشترى يستحق تعـويضـًا عن عدم تسليمه المبيع ، ويشمل التعويض ، طبقاً للقواعد العامة ، كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب . ويراعى فى حساب التعويض ، ليس الثمن المتفق عليه فى العقد ، بل سعر المبيع فى السوق يوم عجز البائع وامتناعه عن التسليم . ويمكن الحكم بالتعويض عن الضرر الواقع فى حالة التأخير فى التنفيذ ، أو التنفيذ المعيب .

وتطبيقاً لذلك قضى : بأنه وإن كانت التضمينات فـى حالة العجز عن الوفاء العينى تعتبر مستحقة من الوقت الذى يظهر فيه الدائن عجز المدين عن الوفاء ، إلا أنه إذا لم يظهر هذا العجز للدائن فإن التضمينات تكون مستحقة من الوقت الذى يمتنع فيه المدين عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً من قبل الدائن عملاً بالقاعـدة القانونيـة العامـة ، وعلى ذلك إذا سلم البائع جزءاً من المبيع متأخراً عـن الميعاد المتفق عليه ثم توقف عن تسليم الباقى حتى أعذره المشترى ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذى حصل فيه تسليم ذلك الجزء بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه فى العقد قد عـدل عنه برضاء الطرفين فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذى امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه رسمياً . وإذا تمسك المشترى (بسبب ارتفاع الأسعار) باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئى باعتبار أنه هو التاريخ الذى ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقى ، وقضت المحكمة بذلك كان حكمها مخطئاً فى تطبيق القانون [1] .

(جـ) طلب الفسخ :

وللمشترى طلب الفسخ طبقاً للقواعد العامة . وللقاضى سلطة تقديرية فى اجابة طلب الفسخ ، حيث يجوز له منح البائع أجلاً إذا اقتضت

---

(١) نقض ١٩٤٥/١/٢٥ المجموعة فى ربع قرن ١ ص ٣٥٥ .

الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفِ به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته .

ويجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخًا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزام بالتسليم ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه (١) .

ويجوز للمشترى في جميع الحالات أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة الامتناع عن التسلم أو التسليم المعيب أو التأخير فيه ، والتعويض عن الأضرار التي ترتبت على الفسخ .

ويمكن للبائع أن يتجنب الحكم بالفسخ إذا عرض تنفيذ التزامه بالتسليم ، ما لم يرِ القاضى عدالة الاستجابة لطلب الفسخ لأن التسليم المتأخر من شأنه أن يفوت على المشترى قصده من الشراء . وللمشترى الخيار ، عند تأخير البائع في التسليم ، بين طلب التنفيذ العينى أو طلب فسخ البيع مع التضمينات في الحالتين ، وليس في رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزولاً عن الطلب الآخر ، وله أن يعدل عن دعوى التنفيذ إلى طلب الفسخ والعكس صحيح .

وتطبيقًا لما سبق قضى بأنه للبائع عرض التسليم حتى الحكم نهائيًا في دعوى الفسخ ، وإذا لم يقبله المشترى لا تبرأ ذمته إلا بعرض حقيقى يتضمن ترك المبيع تحت تصرف المشترى (٢) .

وليس للبائع أن يحتج بأن المشترى لم يدفع الثمن مع أنه من المتفق عليه دفع الثمن قبل التسليم إذا كان الثابت أن البائع لم يبد استعداده للتسليم حتى بعد انذاره من المشترى بأنه على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه

---

(١) م ١٥٧ ، ١٥٨ .

(٢) نقض ١٩٦٣/١٢/٢٠ س١٣ ص١١٥٩ .

المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط فى البيع (١) .

(د) أسباب دفع مسئولية البائع :

يستطيع البائع أن يدفع دعوى المسئولية عن عدم التسليم استناداً إلى تمسكه بالدفع بعدم التنفيذ نتيجة عدم تنفيذ المشترى لالتزاماته ، كعدم الوفاء بالثمن (٢) .

ويعفى البائع من الالتزام بالتسليم إذا استحال تنفيذه بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى ، كما لو هلك المبيع بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه .

ويستطيع البائع دفع دعوى المسئولية باثبات ان عدم تنفيذ راجع إلى فعل المشترى ، إما لعدم تعاونه أو لاعطائه معلومات خاطئة حول المبيع الواجب التسليم .

وتنتفى مسئولية البائع عن التسليم المعيب فى حالة قبول المشترى للمبيع دون تحفظ أو اعتراض ، حيث يفيد ذلك الاقرار بمطابقة المبيع للشروط العقدية ، أو النزول عن التمسك بدعوى المسئولية .

---

(١) نقض ١٩٥٢/١٢/١٨ س٤ ص٢٣٣ .

(٢) Cass. Civ. 19 mars 2002, Cont. Consom, 2002, n. 108.

المبحث السابع
حق البائع فى حبس المبيع

(أ) حبس المبيع لاستيفاء الثمن :

إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلاً بعد البيع . وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل .

يعد ذلك الحكم تطبيقاً للقواعد العامة فى الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس [1] . ويكون للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن الحال الدفع ، وكذلك الحال إذا كان الثمن مؤجلاً وسقط بسبب افلاس المشترى أو اعساره أو بسبب اضعاف التأمينات التى قدمها للبائع إلى حد كبير أو لأنه لم يقدم للبائع ما وعد فى البيع بتقديمه من التأمينات . ويترتب على سقوط الأجل حلول ميعاد دفع الثمن ، ويجوز للبائع حبس المبيع حتى يستوفيه من المشترى .

(ب) حالة الثمن المؤجل :

لا يجوز حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلاً ولم يسقط حق المشترى فى الأجل . حيث يجب لممارسة الحق فى حبس المبيع أن يكون الثمن حال الأداء قبل أو وقت الالتزام بالتسليم ، ولا يقوم المشترى بدفع ما هو مستحق عليه من ثمن . أما إذا كان وقت التسليم سابق على وقت الوفاء بالثمن ، فإن البائع لا يحق له حبس المبيع انتظاراً للوفاء بالثمن .

---

(١) م ٤٥٩ ، ١٦١ ، ٢٤٦ ، ٢٧٣ .

وإذا كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فللبائع حبس المبيع كله حتى يستوفى الثمن الحال ، ولا يحق للمشترى مطالبة البائع بتسليم بعض المبيع مقابل ما تم دفعه من الثمن ، هذا بخلاف الحال فى البيع الذى يتضمن أداءات متلاحقة أى تسليم دفعات متعددة فى مواعيد مختلفة ، هنا تعتبر كل دفعة بيعاً مستقلاً .

وتقرر محكمة النقض بأن التزام البائع بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلاً ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك [١] .

والأجل الذى يعطل الحق فى الحبس هو ذلك الذى يمنحه البائع للمشترى ، أما نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى له بهدف التيسير عليه فلا يترتب عليها اضاعة حق البائع فى حبس المبيع لحين استيفاء الثمن .

(جـ) الحق فى الحبس لا يتجزأ :

ويستطيع البائع حبس المبيع كله حتى يستوفى كامل الثمن ، ولا يمكن اجباره على تسليم بعض المبيع وحبس الباقى فى حالة دفع المشترى لجزء من الثمن ، ذلك أن الحق فى الحبس لا يتجزأ ، إلا أن البائع لا يستطيع أن يتعسف فى استعمال حقه فى الحبس ويمتنع عن التسليم إذا كان المشترى قد أوفى بالجزء الأكبر من الثمن ولم يبقِ منه إلا جزءاً يسيراً لا يبرر استمرار حبس المبيع [٢] .

(د) سقوط الحق فى الحبس :

ولا يسقط حق البائع فى الحبس إذا قدم له المشترى رهناً أو كفالة كما

---

(١) نقض ١٩٧٥/٤/٢٨ س٢٦ ص٨٤٠ .

(٢) الأعمال التحضيرية ٢ص ٢٧٥ .

تقضى القواعد العامة ، لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفـاء فـى الحال [1] .

وينقـضى الحق فى الحبس بزوال سببه أى بوفاء المشترى بالثمن ، أو بنزول البائع عنـه صراحـة أو ضمناً ، كـأن يقـوم بتسليـم المبيع للمشترى أو منحه أجلاً للوفاء بالثمن أو يقبل منه رهناً أو كفالة بالثمن .

وينقضى الحق فى الحبس بصـفة عامة بخروج الشيئ من يد حائزه أو محرزه ، ومع ذلك يجوز لحابس الشيئ ، إذا خرج من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب إسترداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يومًا من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيئ من يده ، وقبل انقـضاء سنة من وقت خروجه .

(هـ) التزامات البائع الحابس :

وعلى الحابس التزام بالمحافظة على الشيئ أثناء حبسه ، وهو يبذل فى ذلك عناية الرجل العادى . وإذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشترى ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع [2] . وتكون ثمرات المبيع وقت الحبس للمشترى من وقت استحقاق الثمن وعليه فوائد الثمن [3] .

وطبقًا للقواعد العامة يحق للحابس إذا أنفق على الشيئ مصروفات ضرورية أو نافعة ، أن يمتنع عن رد هذا الشيئ حتى يستوفى ما هو مستحق له.

---

(١) نفس المرجع ٤ ص١٥٣ .

(٢) المواد م ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، ٤٦٠ .

(٣) الأعمال التحضيرية ٤ ص١٥٢ .

المبحث الثامن

تبعة هلاك المبيع

(أ) القواعد العامة :

تقضى القواعد العامة بأن الالتزام ينقضى إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه بسبب أجنبى لا يد له فيه . أى أنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه [1] . مؤدى ذلك أن تبعة الهلاك تكون على المدين فى العقود الملزمة للجانبين لأن الدائن يستطيع التمسك بانفساخ العقد ويتحلل من تنفيذ التزامه المقابل .

وقد طبق المشرع هذه القواعد على عقد البيع ، فى حالة هلاك المبيع المعين بالذات بسبب أجنبى لا يد للبائع فيه بعد انعقاد العقد وقبل التسليم ، فقضى بأن تكون تبعة الهلاك على البائع بوصفه المدين بالتسلم ، أى أن المشرع ربط تبعة الهلاك بالتسليم وليس بانتقال الملكية ، فهلاك المبيع قبل التسليم يكون على البائع وبعد التسليم على المشترى .

يتبين من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية ، فلو هلك المبيع قبل التسليم وقبل تسجيل البيع كان هلاكه على البائع ، أما بعد التسليم وبعد تسجيل البيع فهلاكه على المشترى . وإذا هلك قبل التسليم وبعد تسجيل البيع فهلاكه على البائع ، أما إذا هلك بعد التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشترى [2] .

ولا تثور مشكلة تبعة الهلاك إذا كان المبيع معيناً بالنوع ، لأن ذاتيته

---

(١) م ٣٧٣ ، ١٥٩ .

(٢) الأعمال التحضيرية ٤ ص٧٥ .

لاتكون قد تحددت ، ويستطيع البائع الحصول على مثيله من السوق ، لذا يقال بأن المثليات لا تهلك .

وللتعرف على أحكام تبعة هلاك المبيع نعرض للنقاط الآتية : حالة الهلاك الكلى ، وحالة الهلاك الجزئى ، استثناءات القاعدة ، هلاك المبيع بفعل أحد المتعاقدين ، تبعة الهلاك فى البيع المعلق على شرط .

(ب) الهلاك الكلى :

إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع [١] ، أى أن النص أعمل صراحة القاعدة السابقة وربط تحمل تبعة الهلاك بالتسليم لا بالملكية .

ويقصد بالهلاك الكلى زوال الشيئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية . وبناءاً عليه تقرر المحكمة بأنه لا يعد استيلاء الاصلاح الزراعى على الأطيان المبيعة بعد البيع هلاكاً لها تجرى عليه أحكام الهلاك فى المبيع [٢] .

ومؤدى ذلك أن محكمة النقض تقصر تطبيق الحكم المذكور على حالة الهلاك المادى دون الهلاك القانونى ، كما لو تم الاستيلاء على العقار المبيع أو نزع ملكيته بعد تسليمه إلى المشترى وقبل تسجيل العقد ، فهنا لا يتحمل المشترى تبعة الهلاك رغم تسلمه المبيع ، بل ينفسخ العقد ويسترد المشترى الثمن ويتحمل البائع تبعة الهلاك [٣] .

وقضت محكمة النقض بأنه : « لا يجدى ادعاء الطاعنة (الشركة البائعة) بأن البيع (ومحله أرض أكل النهر) قد انفسخ لاستحالة تنفيذه

---

(١) م ٣٤٧ .

(٢) نقض ١٩٧١/٢/١٦ س٢٢ ص١٨٨ .

(٣) نقض ١٩٦٦/٢/١ س١٧ ص٢٠٥ .

نقض ١٩٧٧/٤/٥ س٢٨ ص٩٠٩ .

بصدور القانون ١٩٥٨/١٩٢ فى شأن طرح النهر وأكله ، لأنه وإن كان القانون قد منع تسليم أرض من طرح النهر لأصحاب أرض أكلها النهر ، وقصر التعويض عنها على ما يعادل قيمة الأرض ، إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يحرم المشترى من حقه فى الحصول على مقابل عن هذه الأرض » (١) .

والتسليم الذى ترتبط به تبعة الهلاك هو التسليم القانونى لا الفعلى ، أى التسليم الذى يضع البائع فيه المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق مع اعلامه بذلك ، ولو لم يستول عليه استيلاءاً مادياً . وتنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى أيضاً فى حالة التسليم الحكمى ، أى فى حالة تراضى البائع والمشترى على اعتبار التسليم قد تم ، حتى لو تم استبقاء المبيع فى حيازة البائع بعد البيع لسبب آخر غير الملكية(٢) ، كالايجار مثلاً . وبالنسبة للمبيع الواجب التصدير تنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى بوصوله إليه .

(جـ) الهلاك الجزئى :

إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيمًا بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن (٣) .

يتضح من ذلك أن الهلاك الجزئى لسبب أجنبى لا يؤدى إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه ، بل يلزم لذلك حكم المحكمة بناء على طلب المشترى إذا كان الهلاك جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع . ويكون المشترى بالخيار بين الفسخ وانقاص الثمن . أما إذا كان الهلاك الجزئى غير جسيم اقتصر حقه على طلب انقاص الثمن دون الفسخ .

---

(١) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ س٢١ ص٩١٠ .
(٢) م ٤٣٥ .
(٣) م ٤٣٨ .

(د) حالات تحمل المشترى تبعة الهلاك :

إذا كانت القاعدة أن المشترى يتحمل تبعة هلاك المبيع بعد التسليم ، إلا أن هناك بعض الحالات التى تكون فيها تبعة الهلاك على المشترى قبل التسليم وهى :

١- اتفاق المتعاقدين على تحمل المشترى تبعة الهلاك من وقت التعاقد وقبل التسليم . يصح هذا الاتفاق ويعمل به لأن قاعدة تحمل البائع لتبعة الهلاك قبل التسليم تعد من القواعد المكملة .

٢- إذا أعذر البائع المشترى لتسلم المبيع وامتنع المشترى عن استلامه انتقلت إليه تبعة الهلاك (١) . ويشترط لاعمال هذا الحكم أن يكون موعد التسليم حالاً أو أن يكون مؤجلاً لمصلحة البائع ويتنازل عن هذا الأجل . أما إن كان التسليم مؤجلاً لمصلحة المشترى فإن اعذاره لا يرتب نقل تبعة الهلاك عليه .

٣- إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، بسبب عدم دفع المشترى للثمن ، كان الهلاك على المشترى (٢) . ويلزم ثبوت تقصير المشترى فى دفع الثمن باعذاره مثلاً .

٤- إذا استولى المشترى على المبيع دون اذن البائع قبل دفع الثمن وهلك المبيع تحمل المشترى تبعة الهلاك .

وذلك تطبيقًا للمبدأ القاضى بأنه إذا كان الحائز سيئ النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئًا عن حادث مفاجئ ، إلا إذا أثبت أن الشيئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيًا فى يد من يستحقه . ويكون المشترى سيئ النية ويطبق نفس المبدأ فى حالة فسخ البيع وامتناعه عن رد المبيع الذى يهلك فى هذه الفترة .

وتقرر محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه ، من المقرر أنه إذا هلكت

---

(١) م ٤٣٧ . البدراوى ص ٢٧١ .

(٢) م ٤٦٠ .

العين فى يد المشترى سيئ النية فإنه يلتزم برد قيمتها وقت الهلاك ، وإن المشترى يعتبر سيئ النية إذا كان الفسخ قد وقع بسبب آت من جهته [1] .

٥- ترتبط تبعة الهلاك فى البيوع التجارية بالملكية . فمن المقرر أن البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك [2]. يقرر النص تحمل مالك البضاعة لتبعة الهلاك بغض النظر عن تسليمها بخلاف الحال فى البيوع المدنية .

(هـ) تبعة الهلاك فى البيع المعلق على شرط :

إذا كان البيع معلقاً على **شرط فاسخ** ، فإنه يرتب جميع آثاره من وقت ابرام العقد ، وعلى هذا فإن تبعة الهلاك فى هذا البيع تخضع لنفس القاعدة السابق ذكرها بصدد البيع العادى . فإذا هلك المبيع قبل التسليم كان هلاكه على البائع ، وإن هلك بعد التسليم هلك على المشترى ولو تحقق الشرط بعد ذلك حيث يستحيل اعادة المبيع إلى البائع [3] .

وإذا كان البيع معلقاً على **شرط واقف** ، فإن جميع آثاره تظل معلقة بما فى ذلك الالتزام بالتسليم . فإذا هلك المبيع قبل تحقق الشرط كان الهلاك على البائع وحال ذلك دون انعقاد العقد وترتيب أى أثر بسبب انعدام المحل . وإذا حدث الهلاك بعد تحقق الشرط وقبل التسليم ، كان الهلاك على البائع أيضاً طبقاً للقواعد العامة وينفسخ العقد بقوة القانون .

(و) هلاك المبيع بفعل أحد المتعاقدين :

رأينا أن تطبيق القواعد السابقة قاصر على حالة هلاك المبيع بسبب

---

(١) م ٩٨٤ . نقض ١٩٨٣/٣/٨ س٣٤ ص٦٥٢ .

(٢) م٩٤ تجارى .

(٣) وذلك طبقاً للمادة ٢/٢٧٠ التى تقرر أنه « لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد له فيه» .

أجنبى. أما إن كان الهلاك بفعل أحد المتعاقدين ، فإنه ينبغى اعمال القواعد العامة فى حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته فى العقد الملزم للجانبين .

فإذا هلك المبيع أو نقصت قيمته بفعل البائع ، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم [1] . ويجوز للمشترى طلب التنفيذ العينى إن كان ممكناً[2]، وله طلب الفسخ أو انقاص الثمن مع الحق فى التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى أما إن كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشترى وجب دفع الثمن كاملاً للبائع [3] .

---

(١) تقرر محكمة النقض ، قاعدة الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة أما إذا نسب إلى البائع تقصير فإنه يكون مسئولاً عن تقصيره .
نقض ١٩٥٦/٦/٢٨ س٧ ص٧٦٧ .

(٢) كاصلاح المبيع إن كان هناك تلف أو هلاك جزئى على نحو لا يحول دون الاصلاح.

(٣) الأعمال التحضيرية ٤ ص٧٧ .

المبحث التاسع
الالتزامات المكملة للالتزام بالتسليم

(أ) التزام المشترى بتسلم المبيع :

إذا كان عقد البيع يولد التزامًا على عاتق البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشترى ، فإنه يرتب ، فى ذات الوقت ، التزامًا على المشترى بتسلم المبيع من البائع . ويعتبر التسلم عملية متممة للتسليم ، بل إن كلاً منهما وجهان لعملة واحدة .

وإذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانًا أو زمانًا لتسلم المبيع وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

وتكون نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك (١) .

(ب) التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم:

يلتزم البائع بالمحافظة على المبيع ، الذى انتقلت ملكيته إلى المشترى، إلى حين تسليمه له. فالبائع يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت التعاقد . والالتزام بالمحافظة هو التزام ببذل عناية ، حيث يجب أن يبذل البائع فى حفظه للمبيع عناية الشخص المعتاد . ويظل الالتزام بالمحافظة على عاتق البائع حتى بعد إعذاره للمشترى بتسلم المبيع . ويقع على المشترى عبء اثبات أن تلف أو هلاك المبيع يرجع إلى خطأ البائع فى المحافظة عليه حتى تقوم مسئوليته العقدية .

---

(١) م ٤٦٣ ، ٤٦٤ .

(جـ) التزام البائع بتزويد المشترى بالمعلومات الضرورية عن المبيع :

يلتزم البائع بتزويد المشترى بكافة البيانات الضرورية عن المبيع ، ويعد ذلك تطبيقًا للمبدأ العام القاضى بوجوب تنفيذ الالتزام بحسن نية. وتزداد أهمية هذا الالتزام فى الوقت الحاضر بصدد بيع المنتجات والآلات المتطورة التى ينطوى استعمالها عل مخاطر معينة ودقة وأسلوب فنى محدد يتعذر على المشترى العادى الالمام به ، من تلقاء نفسه ، مما يلقى على عاتق الصانع أو البائع المحترف التزامًا بالتبصير فى مواجهة المستهلك لحمايته . لذلك أصبح هذا الالتزام مكملاً للالتزام بالتسليم ، فالتسليم لا يكتمل إلا بمعرفة طريقة استعمال المبيع والاحتياطيات اللازمة لسلامة هذا الاستعمال[١] .

والالتزام بتقديم البيانات هو التزام تعاقدى ينشأ عن عقد البيع منذ لحظة ابرامه إلى حين انقضائه ، ويؤدى عدم تنفيذه إلى اثاره المسئولية التعاقدية للبائع. وكثيراً ما يختلط الالتزام بالاعلام والتبصير بالتزام البائع بتقديم النصح والمشورة ، حيث يلتزم عند التسليم بتقديم كافة المعلومات التى تسمح باستعمال الشىء طبقًا لما خصص له وفى ظل أفضل الظروف دون مضايقات أو متاعب ، كما ينبغى تبصير المشترى بمخاطر المبيع ووسائل الحماية ضدها، أى الاستعمال الآمن للمبيع والحصول على منافعه دون مخاطر [٢].

ويتعلق هذا الالتزام ، بصفة أساسية ، ببيع الأشياء التى قد يرتب استعمالها بيعض المخاطر والأضرار ، كالمواد الكيماوية ومستحضرات التجميل والأدوية والآلات والأجهزة الكهربائية والحاسبات الالكترونية ، نظراً لما ينطوى عليه تشغيلها واستعمالها من تعقيدات فنية لا يكون الشخص العادى على دراية بها. يزدهر هذا الالتزام وتبدو مكانته فى العقود المبرمة بين المنتج أو البائع

---

(١) Cass. Civ. 15 nov. 2000, Defermois, 2001 , 242, n. Savaux.

(٢) Cass. Civ. 15 mai. 2002, Contr. Consom. 2002. n. Fages.

المتخصص والمستهلك . يقع الالتزام بصورة رئيسية على عاتق البائع المنتج ، أما البائع الوسيط والمتخصص فيلتزم بإخطار المشترى بالمعلومات والمخاطر التى يمكنه الالمام بها وتزويده بالكتيبات والبيانات التى يرفقها المنتج بالمبيع .

والبيانات التى يقدمها البائع يجب أن تكون كاملة وشاملة لكل المخاطر وسبل الاستعمال وأن تكون مرفقة بالمبيع فى صورة نشرات أو كتيبات أو ملصقة على التغليف ، وأن تكون مكتوبة بطريقة واضحة وأسلوب مبسط .

يتجه القضاء الفرنسى ، بالرغم من عدم وجود نص عقدى ، خاصة بالنسبة للأجهزة الالكترونية والمصانع ذات التقنية المتقدمة ، بالزام البائع بتقديم المعونة والمشورة الفنية للمشترى خلال الفترة اللازمة للتدرج على استخدام المبيع ، وتدريب العاملين عليه والصيانة الدورية له [١].

(د) المسئولية عن ضمان الأمان أو السلامة

لا شك أن المعاملات الإليكترونية ، بما تحمله من أوجه تقنية معقدة تنطوى على الكثير من المخاطر المادية والمعنوية للإنسان ، خاصة المستهلك البسيط الذى أصبح فى حاجة ماسة لحمايته من الأضرار التى قد يتعرض لها بصدد التعامل مع التكنولوجيا المتقدمة فى كافة أوجه الحياة .

تقضى القواعد العامة بوجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام[٢] .

---

(١) Cass. Civ. 25 Juin. 2000, 2002 , Bull. n. 177.

(٢) م ١٤٨ مدنى .

وانطلاقًا من تلك القواعد نبع الالتزام بالأمان أو بالسلامة L'obligation de securité حيث يلتزم المتعاقد بعدم الإضرار بسلامة الطرف الآخر . فالبائع يلتزم بتسليم منتجات خالية من كل عيب أو نقص فى الصناعة من شأنه أن يستحدث خطراً للأشخاص أو الأموال . يجب أن يكون المبيع بحالة تسمح باستعماله بشكل طبيعى بما لا يشكل خطراً على أمواله أو حياته [(١)] ، وكذلك الحال بالنسبة لعقد المقاولة وعقد الإيجار . ويمتد هذا الالتزام ليشمل كافة العقود طالما توافرت شروطه . فإذا نجم عن الاستعمال المألوف للشىء محل التعاقد ضرر ، كان للمضرور الرجوع على المورد بالتعويض طبقاً لقواعد المسئولية العقدية ، ومن ثم يختلف هذا الالتزام عن ضمان العيوب الخفية[(٢)].

لم يكتف المشرع الفرنسى ، والاتجاه الأوروبى[(٣)] بتلك القواعد بل حرص على حماية المستهلك من مخاطر السلع والمنتجات ، وأقام نوعًا من المسئولية الموضوعية على عاتق المنتج يترتب عليها التزامه بضمان الضرر الذى يصيب أى إنسان أو مال مادى أو معنوى . ويستفيد من أحكام تلك المسئولية كل مرضور ، سواء أكان متعاقداً أو غير متعاقد مع المنتج . ويكفى إثبات علاقة السببية بين العيب فى السلعة والضرر . ويمكن رفع الدعوى على كل من اشترك فى إخراج المنتج وكذلك البائع والمؤجر أو على هؤلاء جميعًا بالتضامن، ما لم يثبت أحدهم أن الجزء الذى أنتجه خال من العيوب[(٤)] .

ويمكن للمنتج التخلص من المسئولية بإثبات أن المنتج المعيب غير مخصص للتداول ، أو أن العيب قد أصاب المنتج أثناء الشحن والتفريغ أو

---

(١) CJCE 10 mai 2001 , D. 2001 . 3065, Raynaud JCP. 2002. 11. 1014.

(٢) جمال زكى ، مشكلات المسئولية المدنية جـ ١ ص ٢٢٦ .

(٣) القانون ٩٨-٣٨٩ الصادر فى ١٩٩٨/٥/١٩ والتوجيه الأوروبى الصادر فى ١٩٨٥/٧/٢٥

S. Taylor. L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, 1999, P. 120.

(٤) Securité des consommateurs et responsabilité du fait des produits, Journées d'études poitiers 14 ey 15 mai 1998, Puf, 1998.

التخرين ، أو بإثبات أن المعرفة العلمية القائمة وقت الإنتاج لم تكن تسمح بإكتشاف العيب ، إلا إذا كان المنتج المعيب يمثل عنصراً مرتبطاً بجسم الإنسان أو مشتقاً منه . ويمكن الاعفاء كذلك بإثبات أن العيب قد نشأ عن مطابقة المنتج للقواعد التشريعية الآمرة . ويمكن الإعفاء طبقًا للقواعد العامة بإثبات السبب الأجنبى كقوة قاهرة أو خطأ المضرور . ولا يجدى التذرع بخطأ الغير فى هذا الشأن . ولا يجدى أيضًا إثبات أن المنتج قد تم تصنيعه وفقًا للمعايير القائمة أو بعد الحصول على موافقة إدارية بالتصنيع . وأخيراً لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية .

يستطيع المضرور رفع دعواه بطلب التعويض خلال ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالضرر وشخص المنتج . وتسقط الدعوى ، فى جميع الأحوال بمضى عشر سنوات من تاريخ تداول المنتج[1].

ولسنا فى حاجة إلى أهمية هذا التطور التشريعى العالمى فى مجال المعاملات الإليكترونية التى تتسم بالطابع الدولى ، ومن ثم تبدو ضرورة تطوير التشريع المصرى لحماية المستهلك الوطنى حتى ينسجم مركزه القانونى مع المتعامل معه فى الدول المختلفة ، خاصة وأن جل هذه المعاملات تتسم بعدد كبير من المخاطر المادية والمعنوية ، سواء فى مجال السلع والمنتجات أو فى مجال الخدمات . مثل المركبات الكيميائية وبرامج المعلومات التى هيمنت على كل أوجه النشاط الإنسانى فى المصانع والشركات والطيران والمستشفيات ، وما يمكن أن ينتج عن أى خلل فيها من أضرار فادحة بالإنسان والمجتمع .

(١) ويتعين الإشارة إلى المسئولية الجنائية عن المنتجات المعيبة .

الفصل الثالث

ضمان المبيع

يولد عقد البيع ، إلى جانب التزام البائع بتسليم المبيع للمشترى ، التزاماً آخر بضمانه له ، أى ضمان ملكيته والافادة منه بطريقة هادئة وكاملة .

وجدير بالذكر أن الالتزام بالضمان غير قاصر على عقد البيع بل ينشأ عن كل العقود الناقلة للحق بعوض ، كالمقايضة والشركة ، والعقود الكاشفة كالقسمة ، ويوجد أيضاً فى عقد الايجار والعارية . وقد جعل المشرع أحكام الضمان فى عقد البيع بمثابة قواعد عامة يحيل إليها عند النص على الالتزام بالضمان فى العقود الأخرى(١).

والتزام البائع بالضمان مناطه ألا يكون عقد البيع باطلاً. ولكل من المتعاقدين حق التمسك بالبطلان بطريق الدفع أو الدعوى(٢) .

ويتحقق الالتزام بالضمان من خلال التزام البائع بعدم تعرضه شخصيًا للمشترى ، وأن يدفع عنه أى تعرض صادر من الغير ، وإذا لم يستطع دفع هذا التعرض ، واستحق المبيع كله أو بعضه للغير ، كان على البائع تعويض المشترى عما أصابه من ضرر ، وإلى جانب ذلك يلتزم البائع أيضاً بضمان صلاحية المبيع وخلوه من العيوب الخفية التى تجعله غير صالح لتحقيق الغاية المقصودة منه .

ونعرض لتلك الأحكام فى مبحثين : الأول فى ضمان عدم التعرض والاستحقاق ، والثانى فى ضمان العيوب الخفية .

---

(١) نقض ١٩٨٧/٣/٣١ طعن ١٤٠س ٥٣ق .

(٢) الأحكام الخاصة بضمان التعرض فى عقد البيع . سريانها على كل عقد ناقل للملكية أو الحيازة أو الانتفاع ومنها القسمة ، بما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة بكل عقد . منازعة المتقاسم مع غيره من المتقاسمين فى الانتفاع بالجزء الذى آل إليه بموجب عقد القسمة . تعرض ممتنع عليه قانوناً. (الطعنان رقما ١٣٠٩ ، ١٤٤٨ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٥/١/٣١) .

المبحث الأول

ضمان التعرض والاستحقاق

يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل شخص آخر يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان هذا الشخص قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه[1] .

يتناول النص التعرض الصادر من البائع ، والتعرض الصادر من الغير ، ونعرض لهما على التوالى .

المطلب الأول

ضمان التعرض الشخصى

لدراسة التزام البائع بضمان عدم التعرض الشخصى نبدأ بتحديد مضمونه، ثم نعرض بعد ذلك لبيان أحكامه .

الفرع الأول

مضمون الالتزام بضمان التعرض الشخصى

يلتزم البائع بعدم التعرض إلى المشترى فى ملكيته أو حيازته للمبيع أو انتفاعه به . أى أن البائع يلتزم بالامتناع عن أى عمل من شأنه أن يعوق افادة المشترى من المبيع على النحو الذى أعد له[2]. يشمل ضمان البائع كل صور

---

(١) م ٤٣٩ .

(٢) إن البائع يلتزم بتمكين المشترى من الانتفاع بالعين وبضمان عدم التعرض له فيها =

التعرض الصادر منه شخصياً : المادى والقانونى ، الكلى والجزئى ، المباشر وغير المباشر .

١- يتمثل **التعرض المادى** فى قيام البائع باعمال مادية لا تستند إلى سبب قانونى ، ويكون من شأنها أن تحول دون الانتفاع بالمبيع ، وذلك كقيام بائع المحل التجارى بفتح محل مشابه فى نفس المكان بهدف اجتذاب عملاء المحل المبيع . يعد ذلك الفعل تعرضاً مادياً من جانب البائع يلتزم بالكف عنه حتى ولو لم ينص على ذلك صراحة فى العقد [١].

وقضت محكمة النقض بأنه إذا باع شخص لآخر محلاً تجارياً بما فيه من بضائع ، وتعهد فى عقد البيع بألا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشترى فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ، ولكن البائع فتح محلاً بنفس العمارة التى بها المحل المبيع واتجر فى بعض أنواع البضائع التى شملها عقد البيع ، فقد أخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعاً ، كما أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع ، وإن هذا الاخلال إن هو ألا تعرض للمشترى فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته ، ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشترى من تعرض البائع ، فلا حاجة لأن يثبت المشترى أى ضرر غير ذلك [٢] .

٢- ويبدو **التعرض القانونى** فى حالة استناد البائع إلى حق على المبيع فى مواجهة المشترى ، مثال ذلك البائع الذى يسلم المبيع للمشترى ، ويستغل عدم قيام الأخير بالتسجيل ويطالب باسترداد المبيع استناداً إلى أن

= بمجرد انعقاد البيع سواء نص فى عقد البيع على ذلك أو لم ينص ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر البائع ذا صفة فى رفع الدعوى وفاء لهذا الالتزام ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، ويضحى النعى عليه بهذا الخصوص على غير أساس . طعن رقم ٢٤٩١ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/١١/٥ .

(١) Carbonnier, R. 1956. 550.

(٢) نقض ١٩٥٦/٣/٨ س٧ ص٢٩١ .

ملكية العقار لا زالت له، هنا يدفع المشترى هذه الدعوى بالضمان .

وقضت محكمة النقض بأنه ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بسببه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى لأن من يضمن نقل الملكية لغيره ، لا يجوز أن يدعيها لنفسه (١) .

وقضت بأن ملكية العقار تظل معقودة لصاحبه إلى أن يمتلكها منه غيره، ادعاؤه كسب ملكية مال هو فى ملكيته فعلاً غير مقبول . تحلل بائع العقار من التزاماته الناشئة عن البيع بحجة اكتساب العقار المبيع بالتقادم غير جائز ما لم تكن الملكية قد انتقلت منه إلى المشترى قبل ذلك (٢) .

وكذلك الحال بالنسبة لبائع ملك الغير ، حيث يمتنع عليه التعرض للمشترى برفع دعوى استرداد العقار المبيع إذا آلت إليه ملكيته بعد البيع بالميراث أو الوصية أو أى سبب آخر ناقل للملكية .

٣- ويمتنع على البائع التعرض للمشترى فى **كل المبيع أو فى جزء منه** ، كما لو أدعى البائع وجود حق ارتفاق غير ظاهر على العين المبيعة(٣) . ويستوى فى ذلك **التعرض المباشر والتعرض غير المباشر** ، كأن يطلب المتقاسم ابطال القسمة بهدف التحلل من البيع الصادر منه فى نصيبه المفرز الذى آل إليه من القسمة (٤).

---

(١) نقض ١٩٧٣/٥/٩ س٢٤ ص٧٢٥ .

(٢) نقض ١٩٨٥/١/٢٤ طعن ١٢٩٦س ٥١ق .

(٣) اقامة المشترية الدعوى ضد البائعين بطلب الحكم بعدم الاعتداد فى مواجهتها بالحكم الصادر بثبوت ملكيتهم لحصة شائعة تدخل فيها الأطيان مشتراها لعدم اختصامها فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم وأن ذلك يعد تعرضاً لها منهم ممتنع عليهم . تكييفها الصحيح أنها دعوى بمنع تعرضهم لها فى الانتفاع بالمبيع . الحكم بعدم قبولها على أنها دعوى مبتدأة ببطلان حكم . مخالفة للقانون وقصور .
(الطعن رقم ٣٢١٩ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٦) .

(٤) أو ابرام عقد ايجار على العين ، والجدير بالذكر أن عقد الايجار الصادر من البائع قبل البيع عن عين لم يتم بناؤها غير نافذ قبل مشترى العقار .
(الطعن ٢٩٧١ س٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٤/٧) .

وتقرر محكمة النقض بأن البائع يضمن عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه إذا كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى ، ويشترط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العينى هو فعل البائع (١) .

إلا أن هناك بعض الأعمال التى يقوم بها البائع استناداً إلى عقد البيع دون أن يعد ذلك تعرضاً منه للمشترى ولو أدت هذه الأعمال إلى نزع الملكية من يده ، فللبائع أن يطلب ابطال العقد المعيب ، وله أن يطلب فسخه فى حالة عدم دفع المشترى للثمن .

وتقرر محكمة النقض بأن التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع هو كل عمل يعكر على المشترى حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به ، فلا يدخل فى ذلك ما يبديه البائع فى دعوى صحة التعاقد التى يقيمها المشترى من دفوع أو طلبات يهاجم بها اجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضى المدة ، إذ لا يعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشترى الناشئة عن عقد البيع(٢).

الفرع الثانى
أحكام الالتزام بضمان التعرض الشخصى

(أ) البيع مصدر الضمان :

ينشأ التزام البائع بضمان عدم التعرض عن كل بيع ، سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً ، وسواء كان بيع العقار مسجلاً أم غير مسجل (٣) .

---

(١) نقض ١٩٧٢/٥/١٦ س٢٣ ص٩٣٣ .

(٢) نقض ١٩٨٠/١/٣١ س٣١ ص٣٦٦ .

- نقض ١٩٥٩/١٢/١٧ س١٠ ص٨١٠ .

(٣) نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ س٢٦ ص٨٤٤ .

ويستوى أن يكون البيع قد تم بالمساومة أو بالمزاد ، ولو كان المزاد قضائيًا أو اداريًا .

وذلك بخلاف الحال بالنسبة لضمان العيوب الخفية حيث « لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية ، ولا فى البيوع الادارية إذا كانت بالمزاد » .

(ب) أطراف الالتزام بالضمان :

أولا : الدائن بالضمان :

١- الأصل أن الدائن فى الالتزام بالضمان هو المشترى . وينتقل الحق فى الضمان إلى الخلف العام ، لأن الحقوق بخلاف الديون تنتقل بالميراث . فإذا توفى المشترى كان البائع ملزمًا فى مواجهة ورثة المشترى بضمان التعرض الشخصى أو التعرض الصادر من الغير .

٢- وينتقل الحق فى الضمان إلى الخلف الخاص ، فإذا باع المشترى العقار ، فإن البائع يلتزم بالضمان فى مواجهة كل من المشترى منه والمشترى الآخر ، فيحق للمشترى من المشترى أن يرجع بالضمان على كل من البائع له والبائع الأصلى .

ولكن المشترى بعقد عرفى لا يعد خلفًا خاصًا للبائع ، وتمسكه بضمان التعرض والاستحقاق فى مواجهة البائع لبائعه يكون سبيله الدعوى الغير المباشرة [(١)] .

أما المشترى بعقد مسجل فيعد خلفًا خاصًا للبائع ، ومن ثم فهو يرجع على البائع الأصلى بدعوى الضمان التى كانت للمشترى الأول . وقد انتقلت إلى المشترى الثانى ، حيث تنتقل تلك الدعوى من مشترى إلى آخر باعتبارها من ملحقات المبيع .

٣- ويستفيد من الضمان أيضًا دائن المشترى ، حيث يستطيع التنفيذ على

---

(١) نقض ١٩٨٧/٦/١٤ طعن ٨٩٦ س٥٣ق .

العين التى انتقلت ملكيتها إلى مدينه ، وليس بوسع البائع التعرض له ، فلا يستطيع البائع أن يمنع دائن المشترى من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من التزام البائع بعدم التعرض . وإذا باع شخص عيناً مملوكة للغير ثم تملكها البائع ، فلا يجوز له استردادها من المشترى .

ثانيا : المدين في الضمان :

١- البائع هو **المدين** بالالتزام بالضمان ، سواء قام هو بابرام عقد البيع أو تم البيع جبراً . فإذا نزع دائن ملكية عقار مدينه ، فإن المدين يلتزم بالضمان فى مواجهة المشترى الراسى عليه المزاد .

ان البائع هو المدين فى الالتزام بالضمان ، ومن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، ولو كان حسن النية . فإذا باع شخص مالاً يعتقد بحسن نية أنه يملكه ، ثم اشتراه بعد ذلك من المالك الحقيقى ، فلا يجوز للبائع أن يطلب استرداد المبيع من المشترى منه.

٢- والالتزام بالضمان لا ينتقل إلى **الخلف العام** لأن القاعدة العامة فى القانون المصرى أن الالتزام لا ينتقل من المورث إلى الوارث ، بل يبقى فى التركة اعمالاً لمبدأ لا تركه إلا بعد سداد الديون . فإذا باع المورث مالاً مملوكًا لوارثه ثم مات، فإن الوارث يستطيع أن يسترد المال ، وليس بوسع المشترى أن يحتج عليه بالالتزام بالضمان لأن هذا الالتزام لا ينتقل إلى الوارث، بل يبقى فى التركة ، أى أن المشترى يصبح صاحب حق فى التعويض ، ويستوفيه من التركة قبل توزيعها على الورثة .

ويختلف الفرض المذكور عن الحالة التى يبيع فيها المورث مالاً مملوكًا له ثم يموت قبل تسجيل البيع ، هنا تظل ملكية المبيع للمورث وتنتقل بالميراث إلى وارثه ، إلا أن هذا الوارث ، رغم كونه مالكًا للمبيع ، لا يستطيع التعرض للمشترى من مورثه بعقد غير مسجل لأن الالتزام بضمان عدم التعرض ينتقل من البائع إلى ورثته لتعلقه بالمال الذى آلت ملكيته إليهم بالميراث [١] .

---

(١) نقض ١٦/١/١٩٦٩ س٢٠ ص١٢٨ .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن منازعة البائع وورثته للمشترى فيما كسبه ، غير جائزة إلا إذا توافرت لديهم بعد البيع شروط التقادم المكسب » [1] .

= لما كان عدم انتقال الملكية للمشترى لا يترتب عليه سقوط حقه فى الضمان قبل البائع لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتى تنتقل من البائع إلى ورثته ومن ثم فإن الحكم بكف منازعتهم للمشترين لا يتناقض مع القضاء برفض تثبيت ملكيتهما لعدم انتقال الملكية إليهما بأحد أسباب كسب الملكية المقررة قانوناً . طعن رقم ٢٨١٥ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦ .

(١) نقض ١٩٨٥/٢/١٢ طعن ٥٤٧ س٥٢ق .

إن من أحكام البيع المقررة بنص المادة ٤٣٩ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهو التزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر ، فيمتنع على البائع أبداً التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع – إلا إذا توافرت لديهم بعد البيع شروط وضع اليد على العقار المبيع المدة الطويلة المكسبة للملكية – وبالتالى يمتنع عليهم دفع دعوى صحة العقد والتسليم بالتقادم المسقط لأن ذلك يعد من قبيل المنازعات التى تمتنع عليهم قانوناً بمقتضى التزامهم الأبدى بالضمان ، كما يمتنع عليهم للسبب ذاته دفع تلك الدعوى بالتقادم المكسب طالما لم يتم التنفيذ العينى لالتزامهم بنقل الملكية والتسليم ، لأن هذا الدفع يكون فى حقيقته عندئذ دفعاً بالتقادم المسقط ، ومن يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه ، ومن ثم فإن استمرار البائع فى وضع يده على العقار المبيع مهما طالت مدته لا يصلح لأن يكون سبباً للادعاء فى مواجهة المشترى بتملك المبيع بالتقادم المكسب ، ولا يعتد فى حساب التقادم إلا بمدته التالية لذلك التنفيذ العينى بشقيه ، لما كان ذلك وكان القصور الذى يترتب عليه بطلان الحكم هو ما يرد فى أسباب الحكم الواقعية ، فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه التفاته عن الرد على ما تمسكت به الطاعنة من دفاع لا سند له فى القانون مادامت النتيجة التى انتهى إليها الحكم موافقة للقانون ، مما يكون معه النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب غير منتج . طعن رقم ٨٣٧ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢١ .

فلا يستطيع البائع أو ورثته منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع ولو لم يشهر ، إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المكسبة للملكية [1] .

٣- ولا ينتقل الالتزام بالضمان إلى **الخلف الخاص** للبائع ، فلو أن بائع العقار باعه مرة ثانية إلى مشترى آخر قام بتسجيل عقده قبل المشترى الأول ، فإن المشترى الثانى يفضل المشترى الأول الذى لا يجوز له أن يتمسك بحقه فى الضمان فى مواجهة المشترى الثانى ، ويكون له فقط الرجوع بالتعويض على البائع أو تركته إن كان قد توفى .

٤- ولا يتعدى الالتزام بالضمان إلى **دائن البائع** ، حيث يستطيع الدائن توقيع الحجز على العقار المبيع بعقد غير مشهر ، ولا يحتج بالبيع فى مواجهة الدائن الحاجز الذى يسجل تنبيه نزع الملكية قبل تسجيل المشترى عقده .

---

(١) نقض ١٩٨٧/٥/٢١ طعن ١٨١٧ س٥٣ق .

إن من أحكام البيع المقررة بنص المادة ٤٣٩ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه، وهو التزام أبدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر ، فيمتنع على البائع أبداً التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما يخصه من حقوق بموجب عقد البيع ، إلا إذا توافرت لديهم بعد البيع شروط وضع اليد على العقار المبيع المدة الطويلة المكسبة للملكية ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص سائغاً فى حدود سلطته التقديرية أخذاً بما انتهى إليه الخبير المنتدب فى الدعوى أن مورث المطعون عليهم أولاً والمطعون عليه الثانى ، يضعان اليد على المنزل محل التداعى منذ عام ١٩٤٩ حتى الآن وقد توافر لوضع يدهما شروط وضع اليد المكسب للملكية وهو سبب مستقل لكسب الملكية فرتب الصلة بالعقد المشار إليه ورتب على ذلك رفض دعوى الطاعنة تسليمها هذا المنزل فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ويكون النعى عليه على غير أساس . طعن رقم ١٢٣٠ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٩١/٢/١٠ .

(جـ) عدم قابلية الالتزام بالضمان للانقسام :

إن الالتـــزام بضمان عـدم التعرض هو التزام بالامتناع عن عمل ، أى امتناع التعرض للمشترى فى ملكيته للمبيع وانتفاعه به بطريقة كاملة وهادئة. وهذا الالتزام لا يقبل الانقسام بطبيعته حتى ولو كان المبيع قابلاً للتجزئة .

لهذا يلتزم كل من بائعى المال الشائع بعدم التعرض للمشترى فى كل المبيع وليس فى النصيب الذى باعه فقط ، ولو أن أخين باعا العـقار الذى آل إليهما بالميـراث ، ثم تبين أن أحدهمـا هو الوارث وحده ، فلا يستطيع أن يسترد شيئاً من المشترى لأنه ضامن عدم التعرض بالنسبة لكل العقار المبيع .

(د) تقادم الالتزام بالضمان :

تقــرر محكمــة النقض بــأن التـزام البائع بضمــان عــدم التـعــرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه التزام أبدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض [1].

---

(١) التزام البائع بضمان عدم التعرض للشترى . التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر . مؤداه . (الطعن رقم ٣٢١٩ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٦/١/١٦) .
من أحكام البيع المنصوص عليها فى المادة ٤٣٩ من القانون المدنى التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ، وهو التزام أبدى يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أو ورثته أن يتعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ..
إذ كان البيّن من الأوراق أن مورث الطاعنة اشترى العقارين موضوع النزاع من مورث المطعون ضدهن ومن ثم فإنه باعتبارهن ورثة البائع يلتزمن بضمان عدم التعرض للطاعنة ، ويمتنع عليهن قانوناً منازعتها فيما كسبت من حقوق بمقتضى عقدى البيع سالفى الذكر - طالما كانا صحيحين - ولو لم يسجلا وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على أن ملكية الأعيان المبيعة لم تنتقل إلى مورث الطاعنة لأنه لم يسجل عقدى شرائه - فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقع .

الطعن رقم ١٢٧١ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٨/١١/١٧ .

وينتقل الالتزام بالضمان من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع [1] . ومن ثم فإن دفع وارث البائع بعدم تسجيل عقد المشترى وبسقوط حقوق الأخير المتولدة عن عقد البيع بالتقادم ، وطلب الوارث تثبيت ملكيته لبعض العقار المبيع

---

(١) لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عقد البيع ولو لم يكن مشهراً يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، وينقل إلى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به ، ولا يترتب على عدم التسجيل سقوط حق المشترى فى الضمان لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتى تنتقل إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعته المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد ، وكان الواقع فى الدعوى أن الطاعن أقامها بطلب طرد المطعون ضدهم من الأرض موضوع النزاع تأسيساً على أنه كان قد اشترى من أبيه مورثه والمطعون ضده الأول مساحة فدانين بالعقد المشهر رقم ٢١٠٧ لسنة ١٩٦٨ شرقية ثم اتضح أن أباه البائع كان قد تصرف إلى آخر فى مساحة ١٨ ط ، ٨س من المساحة المبيعة وقد تصالح ورثة البائع ومن بينهم الطاعن والمطعون ضده الأول بموجب محضر تحكيم وصلح مؤرخ ١٩٧١/٤/١٦ على أن يستبعدوا من التركة التى كانت بحوزة المطعون ضده الأول مساحة فدانين من بينها القدر موضوع النزاع الذى كان المطعون ضده الأول يؤجره لمورث باقى المطعون ضدهم وتسلم الطاعن من المطعون ضده الأول المساحة المبيعة بحدودها الجديدة التى يدخل فيها القدر موضوع النزاع استيفاء لعقد شرائه بمحضر تسليم مؤرخ ١٩٧١/٧/٨ وأجرها لمورث باقى المطعون ضدهم فى التاريخ ذاته . ثم استصدر حكماً بفسخ عقد الايجار لاخلال المستأجر بالتزاماته وذلك فى المنازعة الزراعية ٩١ لسنة ١٩٧١ منشأة صدقى الذى تأيد الاستئناف رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ أبو كبير وذلك فى مواجهة المطعون ضده الأول ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائى فى رفض دعوى الطاعن لم يقدم ثمة دليل على أنه قام بشهر التعديل الذى يذهب إلى أنه تم فى حدود الأرض المملوكة له وأنه لا عبرة بمحضرى الصلح والتسليم اللذين يستند إليهما للقول بملكيته للأرض التى يطالب بطرد المستأنف عليهما منها فى حين أن انتقال الملكية ليس شرطاً لطرد الغاصب وأن عدم شهر التصرف لا يترتب عليه سقوط حق الطاعن فى الضمان ولا سقوط التزام المستأجر برد العين المؤجرة بعد فسخ عقده وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه . طعن رقم ٣٠٣٧ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩١/١٢/١٧ .

إنما هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليه قانوناً بمقتضى التزام مورثه بالضمان (1) .

ولكن ينبغى ملاحظة انه إذا توافرت لدى الورثة أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المدة الطويلة المكسبة للملكية ، كان ذلك سبباً مشروعاً للتملك لا يحول دونه ضمان البائع (2) .

وطبقاً لقضاء النقض فإن التزام البائع بضمان عدم التعرض التزام دائم ، ويمتنع عليه – هو وورثته من بعده – التعرض للمشترى فى أى وقت بعد البيع ولو مضى على هذا البيع أكثر من خمس عشرة سنة ، أما إذا تعرض البائع أو ورثته للمشترى بالفعل وسكت الأخير عن المطالبة بحقه مدة خمس عشر سنة من تاريخ التعرض فإن حقه يسقط بالتقادم .

ويستطيع البائع تملك المبيع بالتقادم بعد البيع إذا امتنع عن تسليمه للمشترى منكراً حقه عليه ، أو وضع يده عليه بعد ذلك بنية تملكه ، وسكت المشترى تاركاً البائع يحوز المبيع حيازة فعلية بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة، ولا يستطيع المشترى أن يتمسك فى مواجهة البائع بحقه فى الضمان ، لأن هذا الحق يسقط بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة من وقت ثبوته كغيره من الحقوق الشخصية طبقاً للقواعد العامة فى التقادم المسقط(3) .

---

(1) نقض ١٣/١/١٩٦٦ س١٧ ص١٢٣ .

(2) نقض ١٦/٤/١٩٧٠ س٢١ ص٦٥٨ .

إن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه هو التزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر ذلك العقد، أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته ، والالتزام بنقل الملكية هو التزام أبدى لا يسقط بالتقادم ما لم يتوفر للبائع بعد البيع وتسليم العين المبيعة شروط وضع اليد على العين المكسب للملكية ، ولازم ذلك أنه يمتنع على البائع أو ورثته دفع الالتزام بنقل الملكية بالتقادم المسقط لأن ذلك من قبيل التعرض القانونى للمشترى ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد وافق القانون ويضحى النعى عليه فى هذا الشأن على غير أساس .
طعن رقم ٣٣٦٣ لسنة ٥٨ق جلسة ٢٤/٤/١٩٩١ .

(3) التزام البائع وورثته بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه. =

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها أن الأساس التشريعى للتملك الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، فالقول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشترى ، يعتبر تعرضاً من جانبه ، لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً ، هو قول مخالف للقانون ، واذن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على مجرد أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع له من اكتساب ملكيته بوضع اليد بعد بيعه مهما طالت مدته ، ولم يبحث فى هل وضع يد البائع فى هذه الحالة استوفى الشروط القانونية التى تجعله سببًا مشروعًا للتملك أو لم يستوفها ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتعين نقضه [(١)] .

(هـ) الاتفاق على عدم ضمان التعرض الشخصى :

إذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك [(٢)] ، أى أنه لا يجوز اشتراط عدم ضمان البائع تعرضه الشخصى . ويبطل هذا الشرط إذا ورد فى عقد البيع، ويمتنع على البائع أن يتعرض شخصياً للمشترى أو أن يأتى أى عمل – قبل البيع أو بعده – من شأنه تمكين الغير من التعرض للمشترى ، وإذا استحق المبيع التزم البائع برد قيمته للمشترى مع كافة التضمينات .

ويصح شرط عدم الضمان إذا كان وارداً على سبب محدد بالذات يعلمه المشترى ووضعه فى حسبانه عند التعاقد ، بشرط ألا يكون المقصود منه

= التزام أبدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر . لا يمنع ذلك من اكتسابهم ملكية العين المبيعة إذا توافرت لديهم بعد البيع شروط التقادم المكسب .

(الطعن رقم ٣٦٨٥ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣) .

(١) نقض ١٩٤٩/١٢/٨ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٦٩ .

(٢) م ١/٤٤٦ .

اعفاء البائع من مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم .

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان قد ثبت لمحكمة الموضوع أن المشترى كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاحق بسند البائع له ، وأنه أقدم على الشراء مجازفًا وتحت مسئوليته ، فإنه لا يكون له الحق فى طلب التضمينات ومنها مصاريف العقد [١] .

وقضت فى حكم آخر بأنه متى كان عقد البيع الابتدائى والعقد النهائى كلاهما منصوص فيه على الضمان ، وأنه لذلك لا يكون هناك عبرة بما إذا كان المشترى عالمًا وقت العقد الابتدائى بسبق البيع إلى آخرين كما يزعم البائع ، أو كان علمه بهذا البيع لاحقًا للعقد الابتدائى كما يقول هو ، إذ يكون البحث فى تاريخ هذا العلم نافلة ، كما لا يكون هناك موجب لتحقيقه[٢] .

وقضت بأن شرط عدم الضمان الوارد فى البند الحادى والعشرين من شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة ، ومؤداه أن المشترى يشترى ساقط الخيار ، لا يسقط عن البائع (وزارة الأوقاف) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم أو البناء وبيع بعضه وقبض ثمنه ، ما دام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد [٣] .

ويجوز الاتفاق على زيادة ضمان عدم تعرض البائع الشخصى أو تخفيفه طبقًا للقواعد العامة [٤] .

(و) جزاء الاخلال بالالتزام بضمان التعرض الشخصى:

إذا تعرض البائع للمشترى فإنه يكون قد أخل بالتزامه بضمان

---

(١) نقض ١٩٥٤/١/٢١ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٣٥٩ .

(٢) نقض ١٩٥١/٢/١ نفس المرجع ص٣٥٨ .

(٣) نقض ١٩٣٨/٢/١٧ نفس المرجع ص٣٥٩ .

(٤) أنظر ما يلى ص ٣٠٦.

التعرض ، وتطبق القواعد العامة فى هذا الصدد . ويجوز للمشترى طلب التنفيذ العينى إن كان ممكناً ، وذلك بازالة آثار المخالفة مع التعويض إن كان له محل . ويبدو ذلك واضحاً فى حالة التعرض المادى . أما فى حالة التعرض القانونى الصادر من البائع (كان يدعى هو أو ورثته حقاً على المبيع) فإن المشترى يستطيع صده عن طريق الدفع بالضمان . وإذا استحق المبيع التزم البائع بالتعويض قبل المشترى الذى يكون له الحق فى طلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء ذلك .

وتقرر محكمة النقض بأن الضمان الناشئ لمصلحة مشترى العقار نتيجة قيام البائع بتحميل العقار المبيع برهن رسمى باعتباره تعرضاً قانونياً منه لا يتيح للمشترى الذى لم يقم بقضاء الدين المضمون بالرهن وأراد استبقاء المبيع واختار التعويض العينى سوى مطالبة البائع بازالة التعرض أو التعويض بمقابل أن امتنع عن التنفيذ أو استحال عليه ذلك . ومن ثم فإن طلب المشترى الزام البائع بأن يؤدى له الدين المضمون بالرهن لينوب عنه فى تسليمه للدائن المرتهن يكون غير مقبول [1] .

المطلب الثانى
ضمان تعرض الغير

نعرض لالتزام البائع بضمان تعرض الغير للمشترى من خلال تحديد نطاقه ، والتنفيذ العينى له ، وتنفيذه بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق) ، ثم بيان الاتفاقات المعدلة له .

---

(١) نقض ١٩٨٦/٣/١٣ طعن ٢١٥٢ س٥٢ق .

الفرع الأول
نطاق ضمان تعرض الغير

(أ) شروط التعرض الصادر من الغير :

« يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حقًا على المبيع يحتج به على المشترى . ويكون البائع ملزمًا بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه (1) .

يتضح من النص أن البائع يضمن للمشترى التعرض الصادر من الغير إذا توافرت فيه شروط ثلاثة هى :

الشرط الأول : يجب أن يكون التعرض قانونيًا :

يضمن البائع التعرض القانونى ولا يضمن التعرض المادى الصادر من الغير ، سواء تمثل فى أعمال مادية محضة كالغصب ، أو فى تصرفات قانونية لا تستند إلى حق ، كقيام الغير بتأجير العين المبيعة دون سند قانونى يرتكن إليه ، فهذا التصرف يعتبر عملاً ماديًا بالنسبة للمشترى لأنه ليس طرفًا فيه . البائع لا يضمن هذه الأعمال ولا يكون أمام المشترى سوى اللجوء إلى الوسائل القانونية العامة لحماية حق الملكية .

وقضت محكمة النقض بأن التعرض المادى الحاصل من الغير للمشترى فى العين المبيعة لا يدخل بحال فى ضمان البائع حتى ولو كان منصوصًا عليه فى العقد ، لأن ما يضمنه البائع بصفته هذه هو التعرض أو الاستحقاق المستند إلى سبب أو نزاع قانونى (2) .

---

(1) م ٤٣٩ .

(2) نقض ١٩٣٧/١١/١٨ المجموعة فى ربع قرن جـ١ ص٣٥٧ .

ويضمن البائع التعرض القانونى الذى يستند إلى حق عينى كانتفاع أو ارتفاق ، أو حق شخصى (١) كاجارة نافذة فى حق المشترى ، أى أن الغير المتعرض يدعى ملكية المبيع أو أن له عليه حقاً من الحقوق .

وقضى بأن البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشترى يستند إلى حق أو وجه قانونى ، مثال ذلك وجود دين شخصى على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم حق اختصاص على المبيع (٢) .

يضمن البائع التعرض القانوني الصادر من الغير إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى نزع المبيع من المشترى ، ولو كان البائع حسن النية . ويستوى أن يتحقق هذا التعرض فى صورة رفع دعوى من الغير أو دون رفع دعوى (٣) .

الشرط الثانى : يجب أن يكون سبب التعرض سابقاً على البيع :

١- يضمن البائع التعرض القانونى الصادر من الغير إذا كان الحق الذى

---

(١) وذلك عكس القانون المدنى السابق حيث كان يقصر الضمان على الحق العينى ، وتقرر محكمة النقض بأن نص المادة ٣٠٠ مدنى صريحة فى أن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية وحق المستأجر على العين المؤجرة ليس إلا حقاً شخصياً ، فهو لا يدخل فى حكم هذه المادة . نقض ١٩٣١/١٢/١٠ نفس الموضع ص ٣٥٧ .

(٢) نقض ١٩٤٦/١/٢٤ المجموعة فى ربع قرن ص٣٥٧ .

(٣) أنه يكفى لنشوء ضمان التعرض الذى يضمنه البائع أن يحرم المشترى فعلاً من المبيع لأى سبب سابق على البيع لم تكن له يد فيه وليس فى مقدوره دفعه . ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع من المشترى بل يقصد به أى تعرض له من شأنه أن يؤدى إلى نزع المبيع حتى ولو كان البائع حسن النية لا يعلم سبب الاستحقاق وقت البيع ، والتعرض القانونى الصادر من الغير قد يتحقق فى صورة رفع دعوى وقد يقع دون رفع دعوى، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على أنه وقد قضى نهائياً بصورية العقد المسجل سند ملكية الطاعنة البائعة للمطعون ضده ومحو تسجيله وبصحة ونفاذ عقد المشتريتين من المالك الحقيقى فقد استحق المبيع ووجب الضمان على الطاعنة ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس . ولما تقدم يتعين رفض الطعن. طعن رقم ٣٤٣٩ لسنة ٦١ق جلس ١٩٩٧/١/٢٥ .

يستند إليه موجوداً قبل البيع (1) ، سواء آل إليه من البائع أم لا ، وذلك كأن يدعى الغير اكتسابه حق عينى أصلى أو تبعى على المبيع قبل البيع .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا قامت مصلحة الجمارك بضبط سيارة مبيعة لعدم سداد الضرائب المستحقة عليها ولعدم استصدار اذن باستيرادها ، فإن ذلك يعتبر تعرضاً مبنياً على سبب قانونى يضمنه البائع ، ذلك أنه يكفى لنشوئه أن يحرم المشترى فعلاً من المبيع لأى سبب سابق على البيع، لم يكن له يد فيه ، وليس فى مقدوره دفعه ، ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع من المشترى ، بل يقصد به أى تعرض له من شأنه أن يؤدى إلى نزع ملكية الشيئ المبيع ، حتى ولو كان البائع حسن النية لا يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع (2) .

2- ويضمن البائع أيضاً تعرض الغير المستند إلى حق نشأ بعد البيع لسبب راجع إلى البائع نفسه . والمثل على هذا قيام البائع ببيع العقار مرتين ويسبق المشترى الثانى فى تسجيل عقده ويستأثر بملكية العقار ، هنا يضمن البائع للمشترى الأول استحقاق العقار ، ونفس الحكم إذا بيع المنقول مرتين وتسلمه المشترى الثانى .

وقضت محكمة النقض بأنه لا يشترط فى وجوب ضمان البائع للتعرض بناء على حق عينى وقت البيع أن يكون من فعل البائع ، بل يصح أن يكون مصدر هذا الحق العينى هو غير البائع ، متى كان من الجائز قانوناً أن يواجه المشترى وقت البيع بهذا الحق ، كان يكون مثلاً سند المتعرض فى تعرضه تملكاً بسبب صحيح ، أو تملكاً بمضى المدة الطويلة ، توافرت شروط أيهما وقت البيع ... فإذا كان الثابت أن العقود التى تلقى بها بعض المتعرضين حقوقهم لاحقة للبيع الصادر إلى المتعرض له ، ولكن

---

(1) نقض 1966/12/12 س27 ص1870 .

(2) نقض 1978/4/27 س29 ص1145 .

سندهم فى الملك يرجع إلى ما قبل البيع له ، فإنه يكون من المتعين على المحكمة ألا تقف عند تاريخ عقود المتعرضين ، بل يكون عليها أن تستبين هل لأسلاف هؤلاء المتعرضين حق يجوز أن يواجه به المشترى وقت البيع[1].

وقضت بأنه إذا باع أحد شيئًا على أنه مملوك له ثم تبين بعد البيع عدم ملكيته للمبيع كان البائع ملزماً فى حالة نزع هذا الشيء بالتضمينات [2] .

وقضت بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن المتعرض للمشترى وهو من الغير لم يكن على حق فى تعرضه وأن البائع قد باع ما يملك ، فإن مؤدى ذلك أن ينفك عن البائع التزامه بضمان التعرض القانونى[3] .

٣- ولا يضمن البائع تعرض الغير اللاحق على البيع طالما لم يكن هو المتسبب فيه ، وذلك كمصادرة المبيع أو نزع ملكيته بواسطة السلطة العامة .

لذلك قضى بأن التأميم لا يعد تعرضاً موجباً لضمان الاستحقاق .[4] ويشترط لإعمال ضمان الاستحقاق الناشئ عن فعل الغير أن يقوم سببه وقت البيع (مثال بشأن بيع أرض استولى عليها الاصلاح الزراعى) [5] .

---

(١) نقض ١٩٤٩/٣/٣١ المجموعة فى ربع قرن جـ١ ص٣٥٦ .

(٢) نقض ١٩٣١/١١/١٩ نفس المرجع ص٣٥٧ .

(٣) نقض ١٩٦٣/٥/٢ س١٤ ص٦٣١ .

(٤) نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ س٢١ ص٧٧٢ .

والجدير بالذكر أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الأصل أن البائع لا يمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع لا يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى . طعن رقم ٩٨٣ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٣ .

ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن البائع لا يمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكًا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى . طعن رقم ٧٧١ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٥ .

(٥) نقض ١٩٨٥/١٢/١٩ طعن ١٥٢س ٥٢ق .

ولا يضمن البائع تملك الغير المبيع بالتقادم المكسب ولو كان وضع اليد سابقًا على البيع طالما كان أمام المشترى الوقت الكافى بعد البيع لقطع التقادم وأهمل فى اتخاذ الاجراءات اللازمة لذلك . أما إذا كانت مدة التقادم وشيكة الاكتمال على نحو لا يتسع معه الوقت للمشترى لقطعه فإن البائع يسأل عن الضمان .

٤- ولا يشترط للرجوع بالضمان على البائع حسن نية المشترى ، فلا يلزم « أن يكون المشترى وقت البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير ، أو أن يكون البائع عالمًا بهذا الحق ، فحتى لو كان المشترى عالمًا بالحق الذى يدعيه الغير ، وحتى لو كان البائع لا يعلم به ، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص (١) .

ولكن المشرع يورد استثناءً خاصًا بحق الارتفاق بقوله : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهرًا أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى » (٢) ، مؤدى هذا الاستثناء أن البائع لا يضمن وجود حق ارتفاق على المبيع إذا كان هذا الارتفاق ظاهرًا تدل عليه علامات خارجية كفتحة مطل أو طريق للمرور ، أو كان البائع قد أعلم المشترى بوجوده ، وأساس اعفاء البائع من الضمان فى هاتين الحالتين هو افتراض وجود اتفاق ضمنى على ذلك بين البائع والمشترى .

الشرط الثالث : يجب أن يكون التعرض حالاً :

يلتزم البائع بدفع تعرض الغير إذا كان هذا التعرض حالاً أى وقع بالفعل ، أى أن حق الضمان ينشأ للمشترى ابتداءً من اللحظة التى ينازعه الغير فعلاً فى انتفاعه بالمبيع وحيازته له (٣). ولا يكفى مجرد احتمال أو خشية وقوع التعرض أو التهديد بوقوعه .

---

(١) م ٤٤٥ .

(٢) م ٤٤٥ . السنهورى ص ٦٤٨ .

(٣) أن حق الضمان لا ينشأ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا من وقت منازعة =

وقضت محكمة النقض بأن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشترى فى المبيع ، ولهذا تواضع الفقه على أن مجرد خشية المشترى تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع ، لا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان ، ما دام لم يحصل له تعرض فعلى ، وبالتالى لا تبدأ مدة التقادم في دعوي الضمان إلا من وقت هذا التعرض (١).

ولا يكون للمشترى الرجوع على البائع بالضمان لمجرد اكتشاف أن المبيع مملوك للغير ، أو أنه مثقل بحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن (٢) ، أو اختصاص أو امتياز ، أو أنه مؤجر بعقد نافذ فى مواجهته ، لأنه من المحتمل سكوت الغير عن التمسك بحقه ويظل المشترى حائزاً ومنتفعاً بالمبيع فى هدوء ، وإنما يكون للمشترى فى هذه الحالة ، ولو لم يقع التعرض بالفعل، الحق فى طلب فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة أو طلب ابطاله اعمالاً للقواعد الخاصة ببيع ملك الغير .

ويتمثل تعرض الغير للمشترى إما فى صورة أعمال مادية يباشرها على المبيع استناداً إلى الحق الذى يدعيه ، وإما فى صورة دعوى قضائية

=الغير للمشترى فى حيازته للمبيع وانتفاعه به ، أما مجرد خشية المشترى تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع فلا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان مادام لم يحصل له تعرض فعلى ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالزام الطاعن بالتضمينات على مجرد صدور حكم - لم يكن المشترى طرفًا فيه - ببطلان سند ملكية البائع للعقار ، ورتب على ذلك حق المطعون ضده فى الرجوع على الضامن بضمان الاستحقاق وحجب بذلك نفسه عن تحقيق ما تمسك به الطاعن من عدم حصول معارضة من المحكوم له للمطعون ضده فى حيازته للمبيع وانتفاعه به ، فإنه يكون قد خالف القانون وجره ذلك إلى القصور فى التسبب بما يوجب نقضه لهذا السبب . طعن رقم ٣٠٥٠ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢١ .

(١) نقض ١٩٤٥/١٢/٥ المجموعة فى ربع قرن جـ١ ص٣٥٦ .

(٢) نقض ١٩٣٣/٣/٣٠ مجموعة عمر ١ ص٧٦ .

يطالب فيها باستحقاق المبيع كلياً أو جزئياً ، وإما بتقديم المستندات الدالة على وجود الحق ، وقد يتمثل التعرض أخيراً فى صورة دفع يدفع به الأجنبى الدعوى التى يرفعها المشترى للمطالبة بالمبيع .

(ب) البيع مصدر الضمان وأطرافه :

ينشأ التزام البائع بالضمان من كل عقد بيع صحيح . وينشأ الالتزام بالضمان من عقد البيع ذاته ولو لم ينص عليه فى العقد. يستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل [١] .

فالبيع العقارى غير المسجل يرتب على عاتق البائع الالتزام بالضمان ، حيث يلتزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة، ولا يترتب على عدم تسجيل المشترى عقد شرائه سقوط حقه فى الضمان ، لأن التزام البائع هو من الالتزامات التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده[٢] .

ويسرى الضمان فى البيوع الاختيارية ، سواء تم البيع بالمساواة أو بالمزاد العلنى الاختيارى . ويوجد الضمان كذلك فى البيوع الجبرية [٣]، فإذا استحق المبيع كان للراسى عليه المزاد الرجوع بالثمن والتعويضات ان كان له وجه ، ولا يجوز أن تتضمن شروط البيع الاعفاء من رد الثمن . ويكون الرجوع على المدين ، إلا أن ذلك غير مجد لأنه لا يملك ، فى الغالب، شيئاً لذا يمكن الرجوع على الدائنين الذين استوفوا الثمن على أساس الاثراء بلا سبب .

---

(١) نقض ١٩٣٦/٢/٢ المجموعة فى ربع قرن جـ١ ص٥٣٩ .

(٢) نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ س٢٦ ص ٨٣٤ .

(٣) عكس ذلك القضاء الفرنسى .

Cass. Civ. 22 nov, 2001, Bull. n. 174.

ويظل التزام البائع بالضمان قائمًا حتى ولو كان تقصير المشترى فى تسجيل العقد هو الذى سمح لدائن البائع بنزع ملكيته [1] .

وضع المشرع حكماً خاصاً ببيع التركة مؤداه أنه « من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها ، لا يضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك»[2]، مقتضى ذلك أن البائع يضمن وجود التركة وصفته كوارث ونصيبه فيها ، ولا يضمن أيلولة أموال محددة من التركة للمشترى ، وكذلك استحقاق بعض هذه الأموال للغير .

أما عن الدائن والمدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير ، ومدى قابلية الضمان للانقسام ، فتطبق نفس الأحكام التى أوردناها بصدد ضمان التعرض الصادر من البائع نفسه .

وفى حالة وجود بيوع متتالية فإن المشترى الأخير يكون من حقه الرجوع بالضمان على البائع له ، ويستطيع أيضًا الرجوع مباشرة على البائع الأول ، وأساس الدعوى المباشرة هو أن دعوى الضمان تنتقل بوصفها من ملحقات الشيئ المبيع إلى المشترى الأخير [3] .

---

(١) نقض ١٩٦٦/٢/١ س١٧ ص٢٠٥ .

(٢) م ٤٧٣ .

(٣) م ٤٣٢ .

الفرع الثانى
التنفيذ العينى للإلتزام بالضمان
(دفع تعرض الغير)

إن التزام البائع بالضمان هو التزام بعمل . والأصل هو وجوب تنفيذه عيناً ما دام هذا التنفيذ ممكناً . وهو التزام بتحقيق نتيجة مقتضاها التدخل إلى جانب المشترى أو الحلول محله فى الدعوى القائمة بينه وبين الغير ، وإثبات عدم أحقية المتعرض فى دعواه ، واستصدار حكم برفض الدعوى . فإذا لم يتدخل البائع أو تدخل ولم ينجح فى دحض حق الغير، وجب عليه تنفيذ التزامه عن طريق التعويض ما لم يطلب المشترى فسخ العقد .

والغالب أن يتم تعرض الغير للمشترى فى صورة دعوى قضائية وهنا نوجد أمام عدة فروض : الأول : تدخل البائع فى الدعوى بناء على اخطار المشترى ، الثانى : عدم تدخل البائع بالرغم من اخطار المشترى له ، الثالث : عدم اخطار المشترى للبائع بالدعوى ، الرابع : توقى المشترى استحقاق المبيع بأداء شيئ من عنده ، ونعرض لتلك الفروض على التوالى :

(أ) تدخل البائع فى الدعوى :

إذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع بحسب الأصول ، ووفقاً لقانون المرافعات أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشترى أو أن يحل محله [1] .

يلقى النص على عاتق المشترى التزامًا باخطار البائع فى الوقت الملائم بالدعوى المرفوعة عليه من الغير . وتقرر محكمة النقض ذلك بقولها أن : التعرض القانونى الصادر من الغير قد يتحقق فى صورة رفع دعوى وعندئذ

---

(١) م ١/٤٤٠ . البدراوى ص ٣١٩ .

يتعين على المشترى اخطار البائع فى وقت ملائم [1] .

ويمكن أن يتم الاخطار بأى شكل ، ويقع على المشترى إثبات حصوله . ويجب على البائع أن يتدخل فى الدعوى أو أن يحل محله فيها. ويكون التدخل بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد اقفال باب المرافعة [2] .

ويستطيع المشترى أن يُدخل البائع مباشرة بوصفه ضامناً فى دعوى الاستحقاق المرفوعة ضده [3] . وتفصل المحكمة فى دعوى الاستحقاق الأصلية ودعوى الضمان بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، ولها أن تفصل فى الأولى وتستبقى الثانية للفصل فيها على حدة [4] .

(ب) عدم تدخل البائع فى الدعوى بالرغم من اخطار المشترى له :

إذا تم الاخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى ، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس المشترى أو لخطأ جسيم منه [5] ، مؤدى ذلك أنه إذا لم يتدخل البائع فى الدعوى بالرغم من اخطار المشترى له ، جاز لهذا الأخير أن يسير فيها وحده وتكون النتيجة أحد فروض ثلاثة :

١ – نجاح المشترى فى الدعوى من خلال الحصول على حكم نهائى برفض طلبات المتعرض . هنا ينتهى التزام البائع بالضمان ، ويدفع للمشترى ما

---

(١) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ س٢٩ ص١١٤٥ .
نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٤٥ .

(٢) م ١٢٦ مرافعات .

(٣) م ١١٧ مرافعات .

(٤) م ١٢٠ ، ١٢٧ مرافعات .

(٥) م ٢/٤٤٠ .

يكون قد تكبده من نفقات ومصاريف ولم يحكم له بها على الغير المتعرض .

٢- عدم نجاح المشترى فى دفع التعرض ، ويستحق الغير الشيئ المبيع كلياً أو جزئياً . هنا يكون البائع قد أخل بالتزامه بالضمان ، ويستطيع المشترى الرجوع عليه بضمان الاستحقاق كما سنرى . ويمكن للبائع أن يدفع هذا الضمان إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس المشترى أو الخطأ الجسيم منه .

ويكون الحكم الصادر بالاستحقاق حجة على البائع لمصلحة المشترى فى دعوى ضمان الاستحقاق . والبائع هو الذى يكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه . وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق لا يكون حجة على البائع لمصلحة المستحق ، ما دام هذا لم يدخل البائع فى دعوى الاستحقاق (١) .

٣- تصالح المشترى مع المتعرض واقراره بما يدعيه . هنا يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق في دعواه (٢) . وذلك بخلاف الفرض السابق الذى لا يستطيع البائع التخلص من الضمان إلا بإثبات التدليس أو الخطأ الجسيم فى جانب المشترى.

والفارق بين الحالتين ظاهر ، ففى حالة ما إذا صدر الحكم دون اقرار أو صلح ، يصبح من المعقول ألا يؤخذ على المشترى إلا التدليس أو الخطأ الجسيم لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع فى الميعاد الملائم ، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبى ولم يعمد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٨٥ .

(٢) م ٤٤١ .

إلى الصلح معه ، أما فى الحالة الأخرى فإن المشترى قد تحمل مسئولية الاقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل ، بأن أثبت البائع أن الأجنبى ليس على حق فى دعواه ، كان طبيعيًا أن يفقد حقه فى الضمان[1].

(جـ) عدم اخطار البائع بالدعوى :

إذ لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان من شأنه أن يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق[2] .

مؤدى ذلك أنه إذا صدر حكم نهائى لصالح الغير باستحقاق المبيع ، فإن المشترى يرجع بالضمان على البائع رغم عدم اخطاره بالدعوى . ويكمن الجزاء على عدم الاخطار فى أن المشترى يفقد حقه فى الضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان من شأنه أن يؤدى إلى رفضها بما كان سيقدمه فيها من مستندات أو دفوع فاتت على المشترى .

(د) توقى المشترى استحقاق المبيع :

إذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيئ آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات [3] .

مؤدى ذلك أنه إذا ظهر أن الأجنبى على حق فى دعواه ، وكان المشترى قد توقى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٨٩ .

(٢) م ٣/٤٤٠ .

(٣) م ٤٤٢ .

بدل المبيع مبلغاً من النقود أو أى شيئ آخر ، صلحاً كان ذلك أو وفاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشترى ما يعوضه تماماً عما دفعه للمستحق : المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات [١] .

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشترى قد توقى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق ، أما إذا لم يتوقِ هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق ، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة [٢] ، أى أن المشترى يرجع بضمان الاستحقاق على البائع ، وهو يستطيع فى نفس الوقت أن يتعاقد على شراء الشيئ مع الغير المستحق بعقد جديد .

واعمال الحكم السابق مشروط بألا يسبب خسارة للبائع . فإذا أثبت أن تصالح المشترى مع الغير كان على غير حق وأنه كان بامكانه دفع ادعاء المتعرض ، فإنه لا يكون مسئولاً عن الضمان . ومن ناحية أخرى فإن البائع لا يلتزم بأن يرد للمشترى ما دفعه إذا كان يزيد عن التعويضات الواجبة عليه بسبب ضمان الاستحقاق .

---

(١) ، (٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٩١ ، ٩٤ .

الفرع الثالث

التنفيذ بطريق التعويض

(ضمان الاستحقاق)

(أ) مفهوم :

يلتزم البائع بتعويض المشترى عما أصابه من ضرر إذا ثبت استحقاق المبيع للأجنبى ، أى أن الغير قد استحق المبيع كله أو بعضه أو ثبت له حق عليه . فالبائع يلتزم بتنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض فى حالة الحكم للغير باستحقاق المبيع ، وفى الحالات التى يحرم المشترى فعلاً من المبيع لأن سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه وليس فى مقدوره دفعه [1]، ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع من المشترى [2] ، بل يقصد به أى تعرض له من شأنه أن يؤدى إلى نزع الشيئ المبيع ، حتى ولو كان البائع حسن النية لم يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع [3] .

(ب) تقادم دعوى الضمان :

وتتقادم دعوى ضمان الاستحقاق، طبقًا للقواعد العامة فى التقادم ، بمضى خمس عشرة سنة . ويسرى الضمان من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به لأن ضمان الاستحقاق التزام شرطى يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه ، فالقاعدة أن التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء، مما

---

(١) نقض ١٩٣٢/٤/٢٨ المجموعة فى ربع قرن ١ ص٣٥٨ .

(٢) نقض ١٩٨٢/١١/١٨ س٣٣ ص٩٣٣ .

(٣) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ س٢٩ ص١١٤٥ .

نقض ١٩٨٦/١١/٥ س٥١ق طعن رقم ٦٠٥ .

يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط [١] .

(جـ) خيار المشترى بين دعوى الضمان ودعوى الابطال أو الفسخ :

وبجانب دعوى ضمان الاستحقاق (تنفيذ الضمان بطريق التعويض) يستطيع المشترى الرجوع على البائع بدعويين أخريين هما دعوى الابطال على أساس أن البيع هو بيع لملك الغير ، ودعوى الفسخ على أساس عدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية .

وتقرر محكمة النقض أنه من المقرر قانوناً إذا أنشأ المشرع للدائن أكثر من دعوى ، لاقتضاء حقه كان له أن يختار ما يشاء من بينها ، واخلال البائع بالتزام ضمان عدم التعرض والاستحقاق ينشئ للمشترى عدة دعاوى من بينها طلب فسخ عقد البيع ، ومفاد ذلك أن فسخ العقد يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عيها قبل التعاقد ، ويجوز مع الفسخ طلب التعويض إن كان له مقتضى ، ومن ثم إذا فسخ عقد البيع لاخلال البائع بأحد التزاماته جاز الزامه برد الثمن مع التضمينات التى منها ما يكون المشترى قد أنفقه على المبيع من مصروفات ضرورية [٢] .

هذا بالاضافة إلى حق المشترى فى التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى ، أى أن الحق فى التعويض قائم إلى جانب طلب الابطال أو الفسخ .

ويختلف التعويض الواجب فى دعوى الاستحقاق عن التعويض الواجب فى كلٍ من دعوى الابطال ودعوى الفسخ ، ففى هاتين الدعويين يكون

---

(١) نقض ١٩٦٦/٣/١٠ س١٧ ص٥٦٤ .

– نقض ١٩٧٢/٢/٢٩ س٢٣ ص٢٦١ .

(٢) نقض ١٩٨١/٤/١٥ طعن ١١٦٤س ٤٧ق .

العقد قد زال ويحكم بالتعويض على أساس العمل غير المشروع وليس على أساس العقد ، أما التعويض فى ضمان الاستحقاق فيستند إلى العقد ذاته لأن هذا الضمان لا يقوم إلا بقيام عقد البيع (١) .

وقضت محكمة النقض بأنه ليس للراسى عليه المزاد - إذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل له وأوقعتها لغيره وانتقلت الملكية إلى هذا الغير - أن يرجع على وزارة الأوقاف بضمان الاستحقاق أو يطالبها بالتعويض على أساس فسخ العقد لأن الرجوع بضمان استحقاق البيع لا يكون إلا على أساس قيام عقد البيع (٢) .

(د) عناصر التعويض فى حالة الضمان :

وقد بيّن المشرع عناصر التعويض الذى يلتزم به البائع للمشترى فى حالة استحقاق المبيع (٣) . ونعرض لكيفية تقدير التعويض فى حالتىّ الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى .

---

(١) الأعمال التحضيرية ٤ص٩٥ .

ان للمشترى فى حالة استحقاق المبيع من تحت يده وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون المدنى ثلاث دعاوى هى دعوى الإبطال والفسخ وضمان الاستحقاق والأخيرة دعوى تنفيذ بمقابل إذ تفترض بقاء العقد ، وللمشترى أن يختار من بينها ما يشاء فإذا اختار دعوى ضمان الاستحقاق وهى دعوى التنفيذ بمقابل فإن ذلك يفترض بقاء العقد الذى يستمد منه حقه فى رفع الدعوى ويكون الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة فى قضائه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل صدور حكم بفسخ العقد قد أصاب صحيح القانون .

الطعن رقم ٢٩٨٩ س٥٩ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ .

(٢) نقض ١٩٦٣/١/١٧ س١٤ ص١٢٣ .

(٣) م ٤٤٣ ، ٤٤٤ .

الغصن الأول

التعويض فى حالة الإستحقاق الكلى

إذا استحق كل المبيع ، كان للمشترى أن يطلب من البائع : ١- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . ٢- قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع . ٣- المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية . ٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى . ٥- وبوجه عام ، تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع ، كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله [(١)] .

ويقصد بالاستحقاق الكلى نزع كل المبيع من تحت يد المشترى ، أى حرمانه من كل مزايا المبيع لثبوت حق الغير عليه ، كما لو ظهر بأنه مملوك للغير وحكم له به ، أو نفذ الدائن المرتهن على العقار المبيع تحت يد المشترى وحصل على كل الثمن وفاء لدينه .

وعناصر التعويض التى تعددها المادة السابقة هى مجرد تطبيق القواعد العامة فى مقدار التعويض ، أى ما لحق المشترى من خسارة وما فاته من كسب ، ونتناول كل عنصر من هذه العناصر فيما يلى :

١- قيمة المبيع والفوائد :

يلتزم البائع بأن يرد للمشترى قيمة المبيع . وتقدر هذه القيمة وقت الاستحقاق [(٢)]، سواء أكانت هذه القيمة تزيد عن الثمن الذى دفعه المشترى

---

(١) م ٤٤٣ .

(٢) المشترى يستمد حقه فى ضمان الاستحقاق من المادة ٤٤٣ من القانون المدنى دون =

أو تنقص عنه ، ذلك أننا بصدد تنفيذ التزام عقدى عن طريق التعويض . والتعويض يكون بقدر الخسارة الفعلية أى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق . وذلك على خلاف حالتىّ البطلان والفسخ حيث يلتزم البائع برد الثمن .

ويلاحظ أن المشترى غير مقيد بقواعد التنفيذ بمقابل . فإذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن ، جاز للمشترى أن يعدل عن المطالبة بضمان الاستحقاق ويطالب بالفسخ ، فيحصل حينئذ على الثمن الوارد فى العقد .

وتقرر محكمة النقض بأنه إذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وهى قيمة لا تأثير لمقدار الثمن عليها ، فقد تقل عنه وقد تزيد .

وتقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق هو مما يستقل به قاضى الموضوع ، فإذا قدم له دليل مقبول - على هبوط قيمة المبيع باستعماله فترة من الزمن ، فإن عليه إذا رأى اطراح هذا الدليل وتقدير القيمة على خلافه أن يبيّن سبب عدم أخذه به[1].

ويحق للمشترى المطالبة بالفوائد القانونية عن المبلغ المعادل لقيمة المبيع وقت الاستحقاق[2] . وتحسب هذه الفوائد من وقت الاستحقاق ، وذلك

= حاجة إلى النص على ذلك بالعقد .

- تقدير قيمة المبيع فى حالة استحقاقه إنما يكون وفق صريح نص المادة ١/٤٤٣ من القانون المدنى وقت الاستحقاق وهو وقت صيرورة حكم الاستحقاق نهائياً لأنه الوقت الذى يتأكد فيه نجاح المتعرض فى دعواه .

الطعن رقم ٢٩٨٩ س٥٩ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ .

(١) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ س١٩ ص١١٤٥ .

(٢) للمشترى - عند استحقاق كل المبيع أو بعضه ورده المبيع للبائع - أن يطالب الأخير بالمبالغ المبينة بالمادة ٤٤٣ مدنى ومنها قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية .

الطعن رقم ٣٠١٤ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٥/١١/٢١ .

استثناءاً من القواعد العامة التى تقضى بأن الفوائد لا تستحق ، عند عدم الاتفاق ، إلا من يوم المطالبة الرسمية القضائية بها .

٢- قيمة الثمار التى ردها المشترى للمستحق :

يكسب المشترى ثمار المبيع من وقت العقد ما لم يتفق على خلاف ذلك[١] ، إلا أنه يلتزم برد هذه الثمار للمستحق إذا كان سيئ النية أى يعلم سبب استحقاق الغير [٢] . وسوء نية المشترى قد يثبت منذ العقد أو بعد ذلك . ويثبت فى جميع الحالات من وقت رفع الدعوى عليه بالاستحقاق .

والقاعدة أن المشترى بوصفه حائز يكسب ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية [٣] ، أى لا يعلم بملكية الغير للمبيع . أما إذا أصبح سيئ النية أى علم بحق المستحق على المبيع كان مسئولاً عن جميع الثمار التى يقبضها أو التى يقصر فى قبضها قِبل المستحق ، مع مراعاة حفظ حقه فى استرداد ما أنفقه فى انتاجها [٤] .

وللمشترى أن يطلب من البائع قيمة الثمار التى التزم بردها لمن استحق المبيع حتى وقت الاستحقاق وذلك استيفاء لحقه فى التعويض ، أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع[٥] .

٣- المصروفات التى أنفقها المشترى على المبيع :

يجب أن نفرق بين ثلاثة أنواع من المصروفات هى الضرورية والنافعة والكمالية .

---

(١) م ٢/٤٥٨ .

(٢) كأن يعلم بأن المبيع مملوك للغير .

(٣) م ٩٧٨ .

(٤) م ٩٧٩ .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص٩٦ .

أولاً : فإذا أنفـق المشترى على المبيع **مصروفات ضرورية**، أى لازمة لحفظ الشيئ وصيانته ، فإنه يستردها من المستحق ولا يستطيع أن يطالب بها البائع وذلك اعمالاً للقاعدة التـى تقضـى بـأن علـى المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية(١).

ثانياً : أما إذا كـانت **المصروفات نافعة** ، أى تؤدى إلى زيادة قيمة المبيع دون أن تكون ضرورية ، كالقيام ببناء جديد أو غراس فى العين ، فإن المشترى تطبق عليه القواعد الخاصة بالالتصاق (٢) . وتفرق تلك القواعد بين حسن أو سوء نية البانى . وعلى هذا فإذا كان المشترى حسن النية وقت انفاق المصروفات النافعة أى لا يعلم بسبب الاستحقاق ، فإن المستحق يخير بين أن يرد له أقل القيمتين : قيمة المصروفات أو ما زاد فى قيمة المبيع بسببها . أما إن كان المشترى سيئ النية ، كان للمستحق أن يطلب ازالة ما فعله المشترى بالمبيع ، وله أن يطلب استبقاءه مقابل دفع قيمته مستحق الازالة أو دفع ما زاد فى قيمة المبيع بسببه . ويتضح من هذه الفروض أن المشترى يخسر بعض ما أنفقه لأنه لا يحصل من المستحق إلا على بعض ما ينفقه ، لذا خوّله المشرع حق الرجوع على البائع بما خسره أى بالمصروفات النافعة التى لا يستطيع أن يلزم بها المستحق (٣) .

ثالثاً : وبالنسبة للمصروفات الكمالية ، كالزخرفة والزينة التى ينفقها المشترى ، فإنه لا يستطيع الرجوع بها على المستحق ، حيث تقضى القواعد العامة (٤) ، بأنه إذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيئ منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيئ إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار

---

(١) م ٩٨٠ .

(٢) الواردة فى المواد ٩٢٤ ، ٩٢٥ .

(٣) م ٤٤٣ .

(٤) م ٣/٩٨٠ .

المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة وليس للمشترى أن يرجع بتلك المصروفات على البائع إلا إذا كان البائع سيئ النية ، أى يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق (١) .

٤- المصروفات القضائية :

يرجع المشترى على البائع بمصاريف الدعاوى التى يكون قد تكبدها بسبب استحقاق المبيع . ويتمثل ذلك فى مصروفات دعوى الاستحقاق التى يرفعها المستحق عليه ، ومصاريف دعوى الضمان التى يرفعها على البائع بطريق أصلى أو فرعى . ولا يتحمل البائع المصاريف التى يثبت أنه كان من الممكن توقيها إذا أخطره المشترى بالدعوى فى الوقت المناسب .

٥- التعويض عما لحق المشترى من خسارة وما فاته من كسب :

أورد المشرع هذا الحكم الذى يعد مجرد تطبيق للقواعد العامة فى المسئولية العقدية . ومن ثم فإن التعويض يشمل كل الضرر المتوقع . وتلك مسألة يقدرها قاضى الموضوع حسب ظروف كل حالة على حدة .

ويمكن تعليل ذلك بأن المدين فى المسئولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول . ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقع . فإذا كان البائع سيئ النية ، أى كان يعلم بحق الأجنبى ، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، ويحق إذن للمشترى أن يرجع بالمصروفات الكمالية (٢) .

وتقرر محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات ، أن

---

(١) م ٣/٤٤٣ .

(٢) الأعمال التحضيرية جـ٤ ص٩٦ .

يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين ، يلزم به البائع ، علاوة على الثمن ، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ما خسره ، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب نزع الملكية والاستحقاق (١) .

ومن أمثلة الخسائر التى تلحق المشترى ما يكون قد قام به من مصروفات فى سبيل الانتقال لمعاينة المبيع أو الاقامة فيه ومصاريف العقد والتسجيل والسمسرة ، ومن أمثلة ما يفوت المشترى من كسب : التضحية بصفقة رابحة فى سبيل شراء المبيع مع علم البائع بذلك .

الغصن الثانى

التعويض فى حالة الإستحقاق الجزئى

« إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاد منه . فإذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » (٢) .

يتحقق **الاستحقاق الجزئى** إذ ظهر أن جزءاً (مفرزاً أو شائع) من العين المبيعة مملوكاً للغير ، أو إذا تبين أن المبيع مثقل بحق رهن أو اختصاص أو امتياز ، أو إذا ظهر تكليف على المبيع كحق انتفاع أو استعمال أو حكر أو ارتفاق غير ظاهر ولم يبين عنه البائع للمشترى .

فرق المشرع فى حالة الاستحقاق الجزئى بين فرضين :

---

(١) نقض ١٩٧٢/٢/٢٩ س٢٣ ص٢٦١ .

(٢) م ٤٤٤ .

الأول : أن يكون الاستحقاق الجزئى جسيماً ، أى يكون الجزء المستحق أو التكاليف التى تثقله من الجسامة بحيث لو علم بها المشترى عند التعاقد لما أتم العقد ، لأن المبيع يصبح غير كافٍ للغرض الذى يرمى إليه المشترى عند ابرام العقد . مثال ذلك شراء قطعة أرضٍ للبناء عليها ثم يستحق جزء منها بحيث يصبح الباقى غير كافٍ لاقامة البناء المطلوب ، وشراء شقة للكسنى فيها ثم يتبين أنها مؤجرة بعَقد نافذ فى مواجهة المشترى . ويقدر قاضى الموضوع جسامة الخسارة بمعيار ذاتى ينظر فيه إلى قصد المشترى فى كل حالة على حدة [1] .

فإذا كانت الخسارة جسيمة كان المشترى بالخيار بين أمرين : ١- إما رد المبيع أو ما تبقى منه للبائع ، ويرجع عليه بكل عناصر التعويض المبيّنة فى حالة الاستحقاق الكلى. ويلتزم المشترى بأن يرد للبائع ما أفاده من المبيع من ريع وثمار وغير ذلك . ٢- وإما أن يحتفظ المشترى بالمبيع ويكتفى بالمطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب الاستحقاق الجزئى [2] .

الثانى : إذا كانت الخسارة الناجمة عن الاستحقاق الجزئى غير جسيمة ، لم يكن أمام المشترى سوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار بسبب ذلك الاستحقاق [3] .

---

(١) دون الخضوع فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، نقض ١٩٣٦/٤/٢ مجموعة عمر جـ١ ص١٠٨٦ .

(٢) اختيار المشترى استبقاء المبيع عند استحقاق بعضه . أثره . عدم أحقيته إلا فى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى . شمول التعويض ما استحق من المبيع وقت الاستحقاق . عدم استحقاق المشترى للفوائد القانونية فى هذه الحال . م ٤٤٤ مدنى .

الطعن رقم ٣٠١٤ لسنة ٦٤ق – جلسة ١٩٩٥/١١/٢١ .

(٣) Cass. Civ, 21 mars 2001, Bull. n. 37.

ويقدر التعويض فى الحالات السابقة ، طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية ، على أساس الضرر المتوقع وقت ابرام العقد ، ما لم يكن البائع سيئ النية يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع . هنا يشمل التعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع أيضاً . إذ الأمر يتعلق ببقاء العقد وتنفيذه عن طريق التعويض . فدعوى ضمان الاستحقاق مستمدة من العقد وأساسها المسئولية العقدية .
ويختلف الأمر عن دعوى الابطال ودعوى الفسخ الذى يملك المشترى الرجوع على البائع بهما إلى جانب دعوى ضمان الاستحقاق ، فدعوى الابطال يرفعها المشترى على أساس بيع ملك الغير أما دعوى الفسخ فيرفعها على أساس عدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية أو بتمكين المشترى من الانتفاع بالمبيع بهدوء ، وكلاهما من شأنه أن يؤدى إلى زوال العقد واسترداد المشترى للثمن مع الحكم له بالتعويض على أساس العمل غير المشروع وليس على أساس العقد .

الغصن الثالث

أثر حسن النية على ضمان الاستحقاق

(أ) حسن نية المشترى :

يذهب البعض إلى أنه لا يلزم أن يكون المشترى حسن النية وقت البيع حتى يستطيع المطالبة بكل عناصر التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى ، أى أن علم المشترى أو عدم علمه بسبب الاستحقاق لا يؤثر على حقه فى التعويض .

ويشترط البعض حسن نية المشترى ، أى عدم علمه بسبب الاستحقاق وقت البيع حتى يستطيع الرجوع على البائع بكل عناصر التعويض المنصوص عليها فى حالة الاستحقاق . أما إن كان المشترى سيئ النية ، أى يعلم بهذا السبب ، فإنه لا يستطيع الرجوع على البائع ، إذا استحق المبيع ، إلا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وليس له الحق فى التعويض .

وتبنت محكمة النقض هذا الاتجاه بقولها : الأصل أنه لا يجوز للمشترى عند حصول تعرض له فى الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشترى يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق (١) . وتقدير علم المشترى بسبب الاستحقاق وتقصى ثبوته ونفيه هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك (٢) . ومتى كان قد ثبت لمحكمة الموضوع أن المشترى كان يعلم ، وقت شرائه ، بالعيب اللاحق بسند البائع له وأنه أقدم على الشراء مجازفًا وتحت مسئوليته فإنه لا يكون له الحق فى طلب التضمينات ومنها مصاريف العقد (٣) .

وتعود محكمة النقض لتؤكد فى حكم حديث لها بأن « من أحكام البيع أن البائع يلتزم بضمان التعرض القانونى – الذى يحتج به الغير على المشترى بناء على حق عينى أو شخصى له على المبيع وقت البيع – سواء كان مصدر هذا الحق هو فعل البائع نفسه أو فعل الغير، وسواء كان المشترى يعلم وقتئذ بسبب الاستحقاق أو لا يعلم به، ما لم يتفق المتبايعان على اسقاط هذا الالتزام صراحة أو يستخلص هذا الاتفاق من ظروف تكون قاطعة فى الدلالة عليه»(٤).

ونرى أن هذا الحكم هو تأكيد واستمرار للقضاء السابق (٥) ، والذى مقتضاه أن الاتفاق الصريح أو الضمنى على عدم الضمان يفقد المشترى الحق فى المطالبة بالثمن إذا كان عالمًا بسبب الاستحقاق ، أما مجرد العلم بهذا السبب فإنه يرتب حرمانه من المطالبة بالتعويض دون الثمن ، أى أن المشترى

---

(١) نقض ١٩٦٤/٧/٧ س١٥ ص٩٢٠ .

(٢) نقض ١٩٦٦/٣/١٠ س١٧ ص٥٦٤ .

(٣) نقض ١٩٥٤/١/٢١ س٥ ص٦٥ .

(٤) نقض ١٩٨٨/٣/٢٢ طعن ١٥٥٧ س٥٢ق .

(٥) المادة ٤٤٣ من القانون المدنى التى يستمد المشترى منها حقه فى التعويض عن ضمان =

سيئ النية له الحق فى قيمة المبيع وقت الاستحقاق دون التعويض . ويجوز الاتفاق على استحقاق المشترى للتعويض رغم سوء نيته .

(ب) حسن نية البائع :

والجدير بالذكر أنه لا يعتد بحسن أو سوء نية البائع فى اعمال ضمان الاستحقاق . أى أنه يلتزم بدفع كافة التعويضات فى جميع الحالات . ولكن سوء نية البائع يمكن أن يؤثر على مدى التعويض الذى يلتزم به . فالبائع حسن النية يلتزم بتعويض الأضرار المتوقعة ، بينما يلتزم البائع سيئ النية بتعويض كافة الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة طبقًا للقواعد العامة فى المسئولية العقدية . ولكن سوء النية هنا يتمثل فى الغش أو الخطأ الجسيم لا مجرد العلم.

وتقرر محكمة النقض بأن حق المشترى فى ضمان استحقاق المبيع قبل البائع ينشأ بحرمانه من العقار المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه وليس فى مقدوره دفعه ، حسن نية البائع وقت البيع لا أثر لها [1] .

الفرع الرابع

تعديل أحكام التعرض الصادر من الغير

« ١- يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان . ٢- ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى. ٣- ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه ،

=الاستحقاق لم تشترط وقوع خطأ من البائع ، وكل ما يشترط لاستحقاق هذا التعويض أن يكون المشترى حسن النية وقت البيع غيرعالم بسبب الاستحقاق .

الطعن رقم ٢٩٨٩ س ٥٩ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ .

(١) نقض ١٩٨٦/١١/٥ طعن ٦٠٥ س٥١ق .

إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي» (١).

و« ١-إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢- أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ عن فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار»(٢).

يعد الضمان من طبيعة عقد البيع حيث يفرضه القانون وينظم أحكامه ولو لم ينص عليه فى العقد . إلا أن غالبية تلك الأحكام لا تتعلق بالنظام العام . لذا يجوز للأفراد الاتفاق على تعديلها أو استبعادها بشرط مراعاة القيود التى يوردها المشرع فى هذا الصدد . والاتفاق على تعديل الضمان إما أن يكون بتشديده أو بانقاصه أو باسقاطه كلية .

(أ) الاتفاق على زيادة الضمان :

يندر الالتجاء الى مثل هذا الاتفاق فى الحياة العملية لأن الأحكام التى أوردها القانون تقدم للمشترى الحماية الكافية ، وتضمن له الحصول على التعويض الكافى الذى يزيد عن التعويض المستحق فى حالة اللجوء الى دعوى الفسخ أو دعوى الابطال .

ومن الأمثلة على زيادة الضمان الاتفاق على تحمل البائع ولو كان حسن النية المصاريف الكمالية التى أنفقها المشترى ، والاتفاق على أن يضمن البائع نزع ملكية العقار للمنفعة العامة بينما يعفيه القانون من ذلك ، أو الاتفاق على أن للمشترى الرجوع على البائع بالضمان بمجرد العلم بسبب الاستحقاق ولو لم يقع التعرض بالفعل ، أوالاتفاق على حق المشترى فى رد

---

(١) م ٤٤٥ .

(٢)م ٤٤٦ . سليمان مرقس ص ٣٩٣ .

المبيع والحصول على تعويضات كاملة فى حالة الاستحقاق الجزئى ولو لم تكن الخسارة جسيمة .

وينبغى ملاحظة أن الاتفاق على زيادة الضمان لا ينتج أثره إلا إذا ورد بعبارات واضحة محددة معبرة عن ارادة المتعاقدين فى بيان الأمور الجديدة التى ضمنها البائع . ولا يكفى أن يرد الاتفاق فى صورة عبارة عامة متداولة فى المعاملات ، كالنص على أن يضمن البائع جميع أنواع التعرض أيًا كانت .

تقرر محكمة النقض ذلك بقولها : « يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان – إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع – أن يبيّن فى العقد الشرط الذى يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون . أما اشتمال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة ، فإنه لا يدل على ان البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون ، ويكون من المتعيّن فى هذه الحالة تطبيق الضمان القانونى دون زيادة عليه ، لأنه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد » [1].

(ب) الاتفاق على إنقاص الضمان :

يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان . وهو أكثرشيوعًا فى العمل من حالات تشديد الضمان . ويقصد به عادة إعفاء البائع من بعض الأسباب الموجبة للضمان أو إنقاص التعويضات المستحقة للمشترى .

ومن أمثلة الاتفاق على الإعفاء من ضمان معيّن ، إعفاء البائع من ضمان حقوق الارتفاق الخفية التى لا يعملها. ومن أمثلة الاتفاق على إنقاص التعويض ، الاتفاق على التزام البائع عند الاستحقاق الكلى بالثمن فقط ولو كان أقل من قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

والاتفاق على إنقاص الضمان يكون باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء

---

(١) نقض ١٩٣٢/٣/٣ المجموعة فى ربع قرن جـ ١ ص ٣٥٨ .

حق الأجنبى أى أخفى عن عمد سبب الاستحقاق، فهو بذلك يكون قد ارتكب غشًا ثم اشترط عدم مسئوليته عن هذا الغش . ولكن الاتفاق يكون صحيحًا إذا كان المشترى عالمًا بسبب الاستحقاق، بل إن مجرد علم كل من البائع والمشترى قد يكون بمثابة اتفاق ضمنى على إنقاص الضمان . ويستشف ذلك قاضى الموضوع من ظروف وملابسات التعاقد.

وتقرر محكمة النقض ، بأنه وإن كان اشتراط الضمان فى عقد البيع بألفاظ عامة لا يعتبر تعديلاً فى الأحكام التى وضعها القانون لهذا الالتزام ، إلا أنه إذا كان المشترى والبائع كلاهما عالمين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق ، فإنه فى هذه الحالة يدل النص على شرط الضمان فى العقد – وهو أصلاً لا حاجة اليه – على أن الغرض منه هو تأمين المشترى من الخطر الذى يهدده تأمينًا لا يكون إلا بالتزام البائع بالتضمينات علاوة على رد الثمن فى حالة استحقاق المبيع[1] .

(جـ) الاتفاق على اسقاط الضمان :

يمكن أن يشترط البائع فى عقد البيع اسقاط ضمان الاستحقاق أى يعفى نفسه من الضمان مطلقًا ، ولا يكون مسئولاً أمام المشترى إذا استحق المبيع كله أو بعضه . إلا أنه نظراً لخطورة هذا الاتفاق وأهميته فإن المشرع وضع له عدة ضوابط وأحكام آمرة تتمثل فيما يلى :

١– يجوز الاتفاق على اعفاء البائع من الضمان عن أى استحقاق ناشئ عن فعل الغير . ويقع باطلاً كل شرط يعفى البائع من الضمان بالنسبة لأعمال التعرض الصادرة عن فعله هو ، كما لو كان قد تصرف فى العقار الذى باعه الى مشترٍ ثان بادر الى التسجيل قبل المشترى الأول .

٢– يبطل الاتفاق على اسقاط الضمان إذا تعمد البائع إخفاء سبب

---

(١) نقض ١٩٦٤/٧/٧ س١٥ ص ٩٢٠ .

الاستحقاق ، ويتم إعمال أحكام الضمان القانونى. أى أن اخفاء البائع عمداً حق الغير على المبيع يعد من قبيل الغش ولا يستطيع الاستفادة من ذلك .

٣- إن شرط اسقاط الضمان ولو كان صحيحاً لا يؤدى الى اعفاء البائع من المسئولية كلية ، بل يظل ملتزماً برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق . ويقتصر أثر الشرط على اعفاء البائع من عناصر التعويض الأخرى .

ولكن شرط اسقاط الضمان يرتب أثره كاملاً (١)، أى يؤدى الى

---

(١) ان التزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق المتعاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الابراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما .

وإذ كان يشترط لصحة الاتفاق على انقاص الضمان أ اسقاطه توافر شرطين أولهما : ألا يكون الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع ، إذ يظل فى هذه الحالة مسئولاً عن الضمان ولو تضمن العقد الاعفاء منه ، وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ آنفة الذكر . ثانيهما : ألا يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبى ، ذلك أن عقد البيع يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، فإن لم يقم البائع بتنفيذ التزامه أو لم يتمكن من القيام به أو استحقت العين المبيعة أو قضى بعد نفاذ عقده أو بطلانه أو انتزعت ملكيتها فإنه يتعين على البائع رد الثمن مع التضمينات ، إلا إذا اشترط البائع على المشترى اسقاط ضمان الاستحقاق اطلاقاً واستحق المبيع كله أو بعضه ولم يكن هذا التعرض ناشئاً عن فعله أو لم يتعمد اخفاء حق الأجنبى على المبيع فإن حق الضمان يسقط عن البائع .

وإذا كان المشترى عالماً بحق الغير على المبيع والعيب اللاصق بسند البائع ومع ذلك أقدم على الشراء مجازفاً وتحت مسئوليته أو التزام أمام البائع بألا يعود عليه بشىء فى حالة استحقاق المبيع كله أو بعضه فلا يجوز له الرجوع فيما أسقط إذ لا يملك المتنازل أن يعود فيما أسقط حقه فيه .

وإذ كان لا يلزم استعمال ألفاظ معينة أو التعبير بعبارة ساقط الخيار ، وإنما يكفى أن يكون واضحاً من صياغة الشرط الاعفاء من ضمان الاستحقاق مع تحقق شروطه القانونية .

لما كان الواقع الثابت فى الدعوى وعلى ما حصله الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده اشترى من الطاعنات العيادة الطبية التى آلت إليهن من مورثهم بعقد البيع والتنازل والاقرار المكمل له وقد اشترطت البائعات على المشترى بعدم أحقيته فى الرجوع عليهن بشىء بخصوص بيعهن العيادة فى حالة عدم تمكنه من نقل عقد ايجار الشقة لصالحه من المالك ، مما يبين منه أن المطعون ضده والطاعنات اتفقوا على تعديل الضمان بالابراء منه فى حالة عدم تمكن المطعون ضده من الحصول على سند لوضع يده على الشقة الكائن بها العيادة =

اعفاء البائع من كل مسئولية ، ولا يلتزم حتى برد قيمة المبيع أو أية تعويضات أخرى فى إحدى حالتين :

الأولى : أن يكون المشترى عالمًا عند البيع بسبب الاستحقاق ، فقبول المشترى ، رغم علمه بسبب الاستحقاق، شرط عدم الضمان من قبل البائع يعنى موافقته على اعفاء البائع من كل مسئولية بل وتحمله نتيجة مخاطرته . ويقع عبء اثبات علم المشترى على عاتق البائع .

الثانية : أن يكون المشترى قد اشترى ساقط الخيار .

يكون البيع احتماليًا فى الحالتين السابقتين . ويكون المشترى قد أقدم على ذلك متحملاً المخاطرة وواضعًا ذلك فى حسبانه ومراعيًا ذلك فى تقدير الثمن .

ولا يلزم للاعفاء من الضمان ألفاظًا أو صيغة معيّنة أو ذكر عبارة أن المشترى قد اشترى ساقط الخيار . إلا أنه من الضرورى أن تدل العبارة على الطبيعة الاحتمالية للبيع . ولا شك أن استخدام لفظ اسقاط الخيار يكون أوفى بالغرض فى هذا المجال(1) ، وهو يدل بالضرورة على شرط إسقاط الضمان عن البائع .

= المبيعة وتغيير عقد ايجارها لصالحه من المالك وبالتالى فإن المطعون ضده أقدم على الشراء مجازفًا عالمًا بالخطر الذى يتهدد الحق المبيع له ساقط الخيار ، فلا يكون له أن يعود للمطالبة باسترداد الثمن وفوائده وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بالزام الطاعنات بالمبلغ المقضى به على سند من تحقق موجب ضمان الاستحقاق دون أن يعمل ما اتفق عليه المتعاقدان فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وخالف الثابت بالأوراق مما يوجب نقضه . الطعن رقم ٩٠١ س ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠ .

(1) ذلك انه لما كان من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – انه لئن كانت المادة ١٦١ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به ، وتطبيقاً لهذا النص أجازت المادة ٤٥٧ من هذا القانون للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من تحت يده ، مما مقتضاه أن قيام هذا =

(د) تطبيق خاص بحق الارتفاق :

يفترض فى حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى[1] . أى أنه يفترض وجود اتفاق ضمنى بين البائع والمشترى على اسقاط الضمان الناشئ عن وجود ارتفاق على المبيع فى حالتين :

الأولى : أن يكون حق الارتفاق ظاهراً وقت البيع على نحو يستطيع المشترى أن يرى معالمه وقت معاينة المبيع ، أى أن مجرد ظهور الارتفاق يعد قرينة على وجود اتفاق على اسقاط الضمان ، سواء علم المشترى أو لم يعلم بحق الارتفاق .

الثانية : أن يعلم المشترى بوجود حق الارتفاق عن طريق البائع وقت ابرام

= السبب لدى المشترى يخوّله الحق فى أن يحبس الثمن ما لم يكن قد أداه ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده . إلا أن ذلك مشروط بألا يكون قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من ذلك كشرائه للمبيع ساقط الخيار أى عالما بأن البيع احتمالى وانه أقدم عليه متحملاً مخاطره ، ففى هاتين الحالتين يمتنع عليه إعمال حقه فى حبس الثمن لأنه لا يجوز له الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الناشىء من قبل الغير وفقًا لما تقضى به المادة ٢/٤٤٦ من القانون المدنى إذ هو فى الحالة الأولى يكون قد أسقط حقه بتنازله عنه بعد ثبوته له والساقط لا يعود وفى الحالة الثانية فإن شراءه المبيع ساقط الخيار يفترض حتمًا شرط اسقاط الضمان . لما كان ذلك وكان البيّن من نصوص عقد البيع سند الدعوى انه جاء خلواً من نص يسقط التزام البائعين بضمان الاستحقاق الذى قد ينشأ منهما وانما نص فى البند ثالثاً منه انه تم البيع والشراء ساقط الخيار بثمن اجمالى مقداره ٣٤٢٥٠ جنيه ، ومن ثم فلا يكون للطاعن وقد أقدم على الشراء ساقط الخيار الحق فى حبس باقى الثمن ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بفسخ عقد البيع سند الدعوى على ان الطاعن لم يوفِ بباقى الثمن الى المطعون ضدهما الأولين رغم انذاره بعد أن أسقط حقه فى الضمان بشرائه المبيع ساقط الخيار فامتنع عليه استعمال حقه فى الحبس عملاً بالمادتين ٤٥٧ ، ٢/٤٤٦ من القانون المدنى، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذين السببين على غير أساس . (نقض مدنى - طعن رقم ٣٢٦٠ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٤).

(١) م ٤٤٥ .

العقد . ولا يكفى أن يعلم المشترى بوجود الارتفاق من نفسه أو عن طريق شخص آخر . ولا يكفى أن يكون الارتفاق مسجلاً ، فتسجيل الارتفاق لا يعفى البائع من الضمان .

ومؤدى ذلك أن اعلام البائع المشترى بوجود حق ارتفاق على المبيع ، يعتبر شرطاً من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشترى بسبب الاستحقاق ، فلا يرجع المشترى بشىء على البائع . ويقوم مقام اعلان البائع للمشترى بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشترى[1] .

فإذا كان الارتفاق ظاهراً أو علم به المشترى عن طريق البائع كان ذلك قرينة بسيطة على وجود اتفاق ضمنى على اعفاء البائع من الضمان الناشىء بسببه . وتسقط هذه القرينة أمام وجود اتفاق صريح على ضمان البائع لحقوق الارتفاق .

(هـ) عدم ضمان الحقوق المعلنة والقيود القانونية :

لا يضمن البائع الحق الذى يثبت للغير على المبيع ويؤدى إلى نقص الانتفاع بالمبيع متى كان ذلك الحق معلناً أو ظاهراً أو مقرراً من قبل المشرع . مثال ذلك عدم ضمان البائع لحق الارتفاق الظاهر السابق عرضه .

والواقع اننا بصدد حكم عام مؤداه ان البائع لا يضمن أى حق ينقص من الانتفاع بالمبيع متى أبان عنه للمشترى وقت ابرام العقد ، سواء تعلق الأمر بحق ارتفاق أو حكر أو انتفاع أو أن تكون العين مؤجرة ، ويرجع عدم الضمان إلى وجود اتفاق صريح أو ضمنى على اعفاء البائع من الضملن بالنسبة لذلك الحق المعلن عنه ، فسكوت المشترى ، رغم اعلامه بوجود الحق ، يفيد قبوله. ولكن هذا الافتراض يقوم على قرينة بسيطة يجوز للمشترى نقضها بإقامة الدليل على أن الإرادة المشتركة لم تقصد اعفاء البائع من الضمان .

ويشترط لاعفاء البائع من الضمان ثبوت اعلام المشترى الفعلى بالحق ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٠٦ .

ويقع عبء اثبات ذلك على البائع لأن الأصل هو الضمان لكل ما ينقص من حقوق البائع . ولا يتوافر الاعلام من مجرد علم المشترى التلقائى ، بل يجب أن يكون العلم تعاقدياً أى يصدر من البائع إلى المشترى . ولا يكفى أن يكون الحق مسجلاً ، فالعلم عن طريق التسجيل لا يعفى البائع من الضمان .

ولا يضمن البائع الحق الذى ينقص من انتفاع المشترى بالمبيع إذا كان سبب النقص ناشئًا عن قيد قانونى وارد على حق الملكية ، ذلك أن القيود القانونية يقررها المشرع والمشترى يعرفها أو ينبغى أن يعرفها ، سواء كانت ظاهرة أو غير ظاهرة ، مثال ذلك القيود الخاصة بخط التنظيم والارتفاع المسموح به وفتحات المطلات .

المبحث الثانى

ضمان العيوب الخفية

يرتب عقد البيع على عاتق البائع التزاماً بنقل حيازة المبيع الهادئة والنافعة للمشترى على نحو يمكنه من الانتفاع به انتفاعاً كاملاً . ويقتضى ذلك خلو المبيع من العيوب الخفية التى تنتقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المرجوة منه . هذا بالاضافة الى توافر الصفات التى كفل البائع توافرها فى المبيع للمشترى .

ويستقل التزام البائع بضمان العيوب الخفية وتخلف الوصف عن الالتزام بنقل ملكية المبيع وتسليمه . فظهور عيب خفى مؤثر فى المبيع يشكل إخلالاً بالتزام البائع ويجوز للمشترى – طبقًا للقواعد العامة – طلب إبطال البيع لغلط جوهرى فى المبيع أو طلب الفسخ بحسب توافر شروط أى منهما . لكن المشرع لم يكتف بتلك القواعد ، وأضاف اليها التزاماً مستقلاً على البائع بضمان العيوب الخفية فى المبيع . ويختلف هذا الالتزام فى أساسه وأحكامه عن كل من الفسخ والبطلان . وتوفر دعوى الضمان للمشترى حماية أكثر قوة وفعالية فى هذا المجال .

ونظراً للأهمية الخاصة لعقد البيع ، أورد المشرع أحكام ضمان العيوب الخفية ضمن التنظيم القانونى لهذا العقد . ولكن الضمان يمتد الى كل العقود الناقلة للملكية والانتفاع كالمقايضة والايجار والقرض والشركة مع تعديل أحكامه بالقدر الذى يتفق مع الطبيعة الخاصة لكل عقد ، فالضمان يقوم فى جميع عقود المعاوضات ولا يقوم – بحسب الأصل – فى التبرعات.

ونتناول ضمان العيوب الخفية فى ثلاثة فروع . نعرض فى الأول منها لنطاق الضمان ، وفى الثانى لأحكامه ، وفى الثالث نعرض لصورة خاصة منه وهى ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة .

الفرع الأول
نطاق ضمان العيوب الخفية

« يكون البائع ملزمًا بالضمان إذا لم تتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى تكفل للمشترى وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينتقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبيَّن فى العقد ، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أُعد له . ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمًا بوجوده . ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبيَّنها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، إلا إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه » .

و« لا يضمن البائع عيباً جرى العُرف على التسامح فيه »[1] .

يتضح من هاتين المادتين أن نطاق ضمان العيوب الخفية يتحدد بعدة أمور هى : أن نكون بصدد عيب موثر ، وخفى ، وقديم ، وأن نكون بصدد بيع ينشأ عنه الالتزام بضمان العيب.

١- أن يكون العيب مؤثراً :

تعرف محكمة النقض العيب بأنه « الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع »[2]، وذلك كتسوس الخشب أو تشرخ أساسات المنزل . ويجب أن يكون العيب مؤثراً أى على درجة معيَّنة من الجسامة . والمعيار هنا موضوعى ينظر فيه الى الضوابط التى أوردها النص ، وهى أن ينقص العيب من قيمة المبيع بدرجة محسوسة أو أن ينقص من نفعه بحسب

---

(١) م ٤٤٧ ، ٤٤٨ .

(٢) نقض ١٩٤٨/٤/٨ المجموعة فى ربع قرن جـ ١ ص ٣٦٠ .
الطعن رقم ٧٩٦٤ س ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٩ .

الغاية المقصودة ، مستفادة مما هو مبيّن فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أُعد له .

يكون العيب مؤثراً إذا كان من شأنه أن ينقص من قيمة المبيع ، حتى ولو لم ينتقص من الانتفاع به أو من مقداره . ويكون العيب مؤثرا أيضًا إذا كان من شأنه أن ينقص من نفع المبيع أو صلاحيته للغرض المقصود منه أو تفويت منفعة المبيع كلياً أو جزئياً .

تقدر جسامة العيب بمدى تأثيره فى قيمة المبيع أو نفعه . ويتحدد ذلك التأثير بحسب الغاية المقصودة من المبيع . وتستفاد تلك الغاية من قصد المتعاقدين المبيّن فى العقد أو الظاهر من طبيعة الشىء أو من الغرض الذى أُعد له .

ولا يضمن البائع العيب غير المؤثر أى العيب التافه الذى يجرى العُرف على التسامح فيه . ويترك لقاضى الموضوع سلطة تقدير جسامة العيب على ضوء الواقع طبقاً للضواط السابقة .

فالاخلال بالمنفعة أو النقص فى القيمة لا يضمنه البائع إلا إذا كان إخلالاً محسوساً . فالعيب يكون تافهاً إذا كان لا يمس سوى بعض الأمور الكمالية أو كان لا يلحق ضرر بالمشترى ، أو كان من شأن أن يسبب له ضرراً تافهاً متوقعاً .

قرر المشرع صراحة أنه يكفى لاعتبار العيب مؤثراً أن يخلو المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه . أى أن تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشترى ، أياً كانت طبيعتها، يعتبر عيباً مؤثراً يوجب الضمان . وعلى ذلك إذا كفل البائع للمشترى أن الآلة أو الأرض بها خصيصة معيّنة ، فإن تخلف هذه الخصيصة يعتبر عيباً فى المبيع يوجب الضمان على الرغم من أنه لا يعتبر جزءاً من الفطرة السليمة للمبيع .

وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان إلا أنه لم يشترط فى حالة تخلف الصفة ما اشترطه فى

العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثراً وخفياً ، إذ جعل مجرد عدم توافر الصفة فى المبيع وقت التسليم موجبًا لضمان البائع متى قام المشترى بإخطاره ، سواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبيّن فواتها أو لا يستطيع . فإذا كفل البائع فى عقد البيع إغلال العقار قدراً معيناً من الريع فإن التزامه هذا يعتبر كفالة منه لصفة فى المبيع يسأل عن تخلفها (1).

والاتفاق على كفالة وجود صفات معيّنة فى المبيع قد يكون صريحًا فى العقد ، وقد يتم بصورة ضمنية ، كما هو مستفاد من البيع بالعينة أو طبقًا لنموذج معيّن . فإذا تبيّن أن المبيع غير مطابق للنموذج أو العينة ، فإنه يكون معيباً بعيب مؤثر يوجب الضمان (2).

---

(1) نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ س٢١ ص ٦٩٧ .
- نقض ١٩٧٥/١٠/٢٨ س٢٦ ص ١٣٤٥ .

(2) مناط تطبيق قواعد مسئولية البائع عن العجز فى المبيع هو ثبوت نقص القدر الحقيقى الذى ورد عليه البيع عن القدر المتفق عليه فى العقد .

العيب الخفى فهو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع أو تخلف صفة كفل البائع للمشترى وجودها فيه والذى تنطبق أحكامه المنصوص عليها فى المادة ٤٤٧ من القانون المدنى .

لما كان البيّن من طلبات المطعون عليه فى دعواه والأسانيد التى يركن إليها أنه يطلب الحكم له برد ما يقابل النقص فى مساحة المبيع من الثمن الذى دفعه للطاعنة وتعويضه عن الضرر الذى لحقه من عدم استعمال هذا المبلغ تأسيساً على وقوع قدر من المساحة المبيعة ومرماها والمقصود منها أنها تعلقت بالعجز فى المبيع عن المتفق عليه فى العقد ، ولم تكن استناداً إلى فوات صفة خاصة من صفات المبيع أو ادعاء آفة طارئة عليه والتى يترتب فوات الغرض أو الغاية التى أعد المبيع من أجلها .

وإذ اعتبر الحكم المطعون فيه فى - تكييفه الدعوى - أن أساسها مسئولية البائع عن العيب الخفى والتفت عن الشروط والأسس المتفق عليها فى البند السادس من عقد البيع الواجبة الاعمال عند وجود نقص فى المساحة المبيعة ولم يفطن إلى اجتماع دعويين للمشترى احداهما بضمان مسئولية البائع عن عجز المبيع والأخرى بضمان العيوب الخفية لا يؤدى إلى أن احداهما تجب الأخرى وتغنى عن سريان أحكامها أو يترتب عليه اندماجهما لتمايز كل منهما عن الأخرى فى الشروط والحكام والتقادم الذى يسرى عليها كما وانه لم يعن =

٢- أن يكون العيب قديمًا :

يضمن البائع العيب الموجود فى المبيع وقت التسليم . أى أن مجرد وجود العيب وقت تسليم المبيع يوجب الضمان ولو لم يكن موجوداً وقت العقد . فالبائع يضمن العيب الموجود وقت العقد وذلك الذى ينشأ بعد العقد وقبل التسليم . أما العيب الطارئ على المبيع بعد التسليم فلا يضمنه البائع .

ويعتبر العيب موجوداً منذ اللحظة التى يوجد فيها مصدره أو نواته ، ولو كان انتشاره قد تم بعد ذلك . كوجود السوس فى الخشب أو الغلال ، وجرثومة المرض فى الحيوان ، وينتشر وتستفحل نتائجه بعد التسليم .

ويقع على المشترى عبء اثبات قدم العيب ، فالأصل هو السلامة وخلو المبيع من العيوب . والعيب واقعة مادية يجوز اثباتها بكل الطرق . ويستقل قاضى الموضوع بتقدير ذلك . وغالباً ما يتم اثبات العيب عن طريق اللجوء إلى الخبرة .

٣- أن يكون العيب خفيًا :

لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع . فالمشترى لا يستطيع الرجوع على البائع بالضمان إذا كان عالمًا بالعيب حتى ولو كان خفياً ، لأن ذلك يعد من جانبه موافقة على شراء المبيع بحالته المعيبة . ونفس الحكم فى حالة ظهور العيب على نحو يسهل تبيّنه بالفحص المعتاد ، حيث يفترض اكتشاف المشترى للعيب ورضاؤه به وإلا كان مقصّراً ويتحمل نتيجة هذا التقصير .

ويقع على البائع عبء اثبات ظهور العيب أو علم المشترى به ، لأن

= يبحث وتمحيص دفاع الطاعنة الوارد بسبب النعى الذى من شأنه - لو صح - أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فهم الواقع فيها وشابه قصور فى التسبيب فضلاً عن الخطأ فى القانون وهو ما يعيبه .

الطعن رقم ٣٤٨٣ س ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٥/١٠ .

الأصل هو حسن النية أى عدم العلم ، وعلى من يدعى العكس عبء اثبات ذلك . والعلم واقعة مادية ومن ثم يجوز اثباتها بكافة الطرق ، بما فيها القرائن، فذيوع العيب وانتشاره يمكن أن يعد قرينة على علم المشترى بالعيب وتلعب حرفة المشترى دوراً هاماً فى مجال قرائن العلم بالعيب(١) ، فالمشترى المحترف يمكنه التعرف على حقيقة المبيع وعيوبه ومن ثم تقوم ضده قرينة العلم بعيوب المبيع فمن المقرر انه لا يلزم أن يكون المشترى عالماً فعلاً بالعيب، بل يكفى أن يكون من السهل عليه معرفته ، فيعتبر المشترى مخطئاً لأنه كان بامكانه ومن واجبه أن يعلم بالعيب .

ويجب أن يتوافر العلم وقت البيع ، فالمعرفة اللاحقة لا تحرم المشترى من الرجوع بالضمان ، ولكن لا يلزم أن يكون العلم تعاقدياً أى عن طريق البائع ، بل يكفى اثبات علم المشترى فعلاً بالعيب وقت البيع ليسقط حقه فى الضمان .

والمقصود هنا هو العلم اليقينى لا العلم المبنى على الظن أو العلم الافتراضى أو مجرد التشكيك . وحق المشترى لا يسقط بمجرد أن يكون المشترى قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة (٢) ، فهذا الاقرار لا يدل على علم المشترى بالعيب علماً فعلياً .

وتقرر محكمة النقض بأن الضمان ينتفى فى حالتين كل واحدة منهما متميّزة عن الأخرى ، فحيث يكون العيب ظاهراً كان كافياً لنفى الضمان بلا حاجة الى تحرى العلم الحقيقى به . والعيب يعتبر فى حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن فى متناول إدراك غيره . فليس معيار الظهور فى العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى فى الأنظار المختلفة ، بل معياراً متعيناً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور . فإذا

---

(١) Cass Civ. 26 fév. 2003, Bull., n. 53.

(٢) نقض ١٩٦٢/٦/١٤ س١٣ ص٨٠٨ .

ما أثبت الحكم أن عدم إنبات البذور التى هى محل الدعوى إنما يرجع الى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشترى ، وهو عمدة ومن كبار المزارعين ، لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند ورودها اليه ، ثم خلص من ذلك الى القول بأن العيب كان ظاهراً ، وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشترى ، فإنه لا يكون قد خالف القانون [1] .

وقضت بأنه إذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت مما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى أن المشترى ما كان يعلم حقًا ، عند تحريره خطاباً للبائع منه يخبره بما ظهر من العيب فى البذور التى اشتراها ، ان هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن والزام البائع بما قد يلزمه قانوناً من التضمينات ، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير خبير دعوى اثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشترى بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام ، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذى ينم عنه خطابه الذى أرسله البائع لم يكن علماً حقيقياً ، فإنها تكون قد أصابت فى قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها [2] .

والمحكمة الموضوع أن تستخلص ذلك استخلاصاً معقولاً من قرائن واقعية ولا معقب عليها من محكمة النقض [3] .

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه « مادام الحكم قد انتهى الى أن العيب الذى لحق المبيع ، كان خفياً فإنه إذا ألقى على البائع عبء اثبات أن المشترى كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب وأجاز له اثبات ذلك بكافة الطرق ، وإذا ألزم البائع بضمان هذا العيب بعد أن عجز عن اثبات هذا العلم فإن الحكم لا يكون مخالفًا للقانون ، ذلك أنه متى كان

---

(١) نقض ١٩٤٧/١٢/٤ مجموعة عمر ٥ ص ٥٠٠ .

(٢) نقض ١٩٣٥/٣/٢٨ مجموعة عمر ٥ ص ٦٦٥ .

(٣) نقض ١٩٣٦/٤/٢ طعن ٨٢ س ٥ق .

العيب خفيًا فيفترض أن المشترى لا يعلم به ، فإذا أراد البائع التخلص من الضمان فعليه هو اثبات أن المشترى كان يعلم بالعيب وقت التسليم[1].

وبالرغم من ظهور العيب إلا أن البائع يضمنه فى حالتين : إذا أكد له البائع خلو المبيع من هذا العيب أو إذا تعمد إخفاء هذا العيب غشًا منه . ولكن البائع لا يضمن العيب فى هاتين الحالتين إذا علم به المشترى بالفعل وقت البيع ، وأقدم على الشراء رغم ذلك . ويقوم الضمان فى حالة كفالة البائع لصفة معيّنة أو تضمن العقد لشروط تنم عن صفات واجبة فى الشيء المبيع . فإذا انتفت إحدى هذه الصفات اعتبر ذلك عيباً يضمنه البائع حتى ولو كان ظاهراً . وأساس ذلك هو الاتفاق الصريح بين الأطراف الذى يتعهد بمقتضاه البائع بخلو المبيع من العيوب وضمان صفات معيّنة به .

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه « متى كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بفسخ البيع الى وجود عيب خفى بالمبيع أكد البائع خلوه منه يعد إخلالاً بالتزامه بألا يكون المبيع محملاً بتكليف أو مشوباً بعيب خفى فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » [2].

و« المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشترى بالعيب الخفى ، إلا أنه لم يشترط فى حالة فوات الصفة ما اشترطه فى العيب الخفى الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثراً وخفيًا ، بل إنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجباً لضمان البائع متى قام المشترى بإخطاره ، سواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو كان لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبيّن فواتها أو كان لا يستطيع » [3].

٤- استبعاد البيوع القضائية والإدارية :

استبعد القانون من نطاق ضمان العيوب الخفية البيوع القضائية والإدارية

---

(١) نقض ١٩٦٦/١٠/٢٠ س ١٧ ص ١٥٥٢ .

(٢) نقض ١٩٦٢/٦/١٤ س ١٣ ص ٨٠٨ .

(٣) نقض ١٩٧٠/٣/١٩ س٢١ ص ٤٧٥ .

إذا كانت بالمزاد ، حيث قدّر المشرع أن البيع فى هذه الحالة يكون قد أعلن عنه وأُتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشىء قبل الإقدام على المزايدة ، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الاجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه ، فتعاد اجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين (١).

والبيوع القضائية هى تلك التى تتم تحت إشراف القضاء، كبيع أموال المدين جبراً عنه لسداد ديونه . وبيع أموال القاصر والمحجور عليه . والبيوع الإدارية هى تلك التى تجريها الجهات الإدارية بالمزاد العلنى جبراً عن مدينيها لاستيفاء مستحقاتها قبلهم ، وذلك كالبيع الذى تجريه مصلحة الضرائب بالمزاد جبراً عن مموليها لاستيفاء الضرائب . أما البيوع الاختيارية ولو تمت عن طريق المزاد فإن البائع فيها يضمن العيوب الخفية .

وينشأ الضمان عن عقد البيع ولو كان غير مسجل ، وسواء كان المبيع عقاراً (أرض أو بناء) أو منقولاً (خشب ، حيوان ، آلة ، أغذية ...) ، ويستوى أن يكون المنقول مادياً أو معنوياً كالأسهم والسندات .

المطلب الثانى
أحكام ضمان العيوب الخفية

(أ) أطراف الضمان :

ان البائع هو المدين فى ضمان العيوب الخفية ، حيث ينشأ الضمان على عاتقه بقوة القانون . يستطيع المشترى أن يرجع على البائع والبائعين السابقين إذا توافرت الشروط القانونية للضمان (١) . ويبقى الالتزام بالضمان ديناً فى تركة البائع ولا ينتقل الى الورثة .

---

(١) الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٢٩ .

(٢) محكمة الموضوع لها سلطة فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة إليها والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها . استخلاصاً سائغًا وبما له أصل بالأوراق أن الطاعنة هى =

المشترى هو الدائن بالضمان ، وينتقل الضمان مع انتقال ملكية المبيع سواء الى الوارث بوصفه خلفًا عامًا أو الى المشترى اللاحق باعتباره خلفًا خاصاً . يستطيع المشترى الأخير الرجوع بالضمان على من باع له ، ويمكنه كذلك الرجوع بدعوى الضمان التى كانت للمشترى الأول ضد البائع أو المنتج وانتقلت اليه مع المبيع بشرط توافر شروطها ، وأهم هذه الشروط وجود العيب بالمبيع قبل تسليمه الى المشترى الأول ، وعدم وجود اتفاق مخالف ، حيث يمكن لأطراف الضمان قصر الاستفادة على المتعاقد دون خلفه .

وتنتقل دعوى الضمان التى كانت للمشترى الأول ضد البائع الأصلى الى المشترى اللاحق ضمن ملحقات المبيع ، لأنها تعد من الحقوق المكملة للشىء أى ضمن ملحقاته ، ومن ثم تنتقل مع الأصل وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التى تقضى بانتقال الحقوق والالتزامات التى تنشأ من العقد الى الخلف الخاص وقت انتقال الشىء اليه إذا كانت من مستلزماته ويعلم بها [1] .

تنتقل دعوى الضمان بكل ما تخوله للمشترى من حقوق ، ويستطيع المشترى الثانى أن يرجع على البائع الأصلى والبائع الوسيط مباشرة ليحصل على حكم بالزامهم متضامنين بالضمان ، حيث يسألون بالتضامن فى مواجهة المشترى الأخير .

ويشترط للرجوع على البائع الأصلى توافر شروط ضمان العيب الخفى بالنسبة له ، أى أن يكون البيع موجوداً وقت البيع الأول ، ويظل العيب خفياً، وقت اتمام البيعين ، ويجب أن يتم الرجوع على البائع خلال سنة من تسليم المبيع للمشترى .

= البائعة للسيارة محل النزاع دون الشركة المنتجة وأنه وجد بالمبيع عيب خفى . لا مخالفة للقانون .

الطعن رقم ٧٩٦٤ لسنة ٦٥ق – جلسة ١٩٩٦/١٢/١٩ .

(١) م ١٤٦ .

(ب) إخطار البائع بالعيب :

إذا تسلم المشترى المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف فى التعامل . فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع . أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب »[1] .

يلقى النص على عاتق المشترى واجبين : الأول : التحقق من حالة المبيع فور تسلمه ، الثانى : إخطار البائع بالعيب بمجرد كشفه .

ويفرّق النص بين حالتين : الأولى : حالة العيب الظاهر الذى يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، حيث يجب على المشترى فحص المبيع وإخطار البائع بالعيب خلال مدة معقولة يقدرها قاضى الموضوع . الثانية : حالة العيب الخفى الذى يتطلب الكشف عنه فحص غير معتاد (فنى متخصص) ، حيث يجب على المشترى القيام بالفحص خلال المدة اللازمة لاجرائه . فإذا كشف العيب وجب إخطار البائع بمجرد ظهوره .

وإذا لم يقم المشترى بفحص المبيع بعد تسلمه بمجرد تمكنه منه أو خلال المدة اللازمة لاجرائه ، أو قام به ، ولم يخطر البائع فى وقت معقول أو بمجرد ظهور العيب ، اعتبر قابلاً للمبيع بعيبه وسقط حقه فى الرجوع على البائع بالضمان . إلا أنه إذا تعمد البائع تضليل المشترى ، فلا يجوز له الاحتجاج بأنه لم يتم إخطاره فى الوقت الملائم .

والكشف عن العيب الذى يعتد به لسقوط حق المشترى فى الضمان هو

---

(١) م ٤٤٩ .

H. Mazeaud, la responsabilité du vendeur, R. 1955, 611.

ذلك الذى يترتب عليه علم المشترى بالعيب علمًا يقينًا لا علمًا مبنيًا على مجرد الظن[1] .

يلتزم المشترى بإخطار البائع بالعيب بمجرد الكشف عنه خلال المدة المعقولة . ويترك تقدير تلك المدة لمطلق تقدير قاضى الموضوع. وإذا لم يتم الاخطار فى وقت مناسب سقط حق المشترى فى الضمان . ورفع دعوى الضمان لا يغنى عن الاخطار .

ولا يلزم شكل معيّن لاخطار البائع بالخلل ، ويمكن أن يتم بأى وسيلة كتابية أو شفوية . ويقع على عاتق المشترى عبء اثبات حصول هذا الاخطار.

(جـ) وجوب رفع دعوى الضمان فى الميعاد :

« تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول » [2] .

مؤدى ذلك ان دعوى ضمان العيوب الخفية تتقادم بمضى سنة من وقت تسلم المبيع ، بخلاف الحال بالنسبة لدعوى ضمان الاستحقاق فتتقادم بمضى ١٥ سنة من وقت العقد[3].

ولا يكفى مجرد كشف العيب وإخطار البائع به بل ينبغى رفع دعوى ضمان خلال مدة سنة تبدأ من وقت تسلم المبيع تسلمًا حقيقيًا . أى أن دعوى الضمان تسقط بالتقادم خلال هذه المدة ، ولا يجوز رفعها ولو لم يُكتشف العيب بالفعل إلا بعد ذلك . وتخضع هذه المدة للوقف والانقطاع طبقًا للقواعد العامة .

---

(١) نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ المجموعة س٥ ص ٣٠٧ .
– ما سبق ص ٢٧٠ .
(٢) م ٤٥١ .
(٣) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ س٢٩ ص ١١٤٥ .

ولا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه أخفى العيب غشاً منه (١). وتسقط الدعوى فى هذه الحالة بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ العقد طبقاً للقواعد العامة . ومن جهة أخرى أجاز المشرع الاتفاق على إطالة مدة السنة . ولا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم وذلك لتخفيف الضمان(٢) .

وتقرر محكمة النقض بأنه « إذا كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد المضان ، بأن جعل للمشترى الرجوع على البائع فى هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية ، تحقيقاً لاستقرار المعاملات ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضائه برفض الدفع بسقوط الدعوى على أساس تعمد البائع إخفاء هذا العيب غشاً منه ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ، ذلك أن مدة التقادم تكون فى هذه الحالة ١٥ سنة أخذاً بالأصل العام المعمول به فى شأن مدة التقادم » (٣).

وقضت كذلك بأنه يبين من الحكم ان البائع كان يعلم ان الدور الأول

(١) التزام البائع بضمان العيوب الخفية . سقوطه بمضى سنة من تاريخ تسلم المشترى للمبيع . الاستثناء . غش البائع بتعمده اخفاء العيب . م ٤٥٢ مدنى .
الطعن رقم ٣٧١٢ لسنة٥٩ق – جلسة ١٩٤٩/٢/٢٠ .
لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشاً منه – مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن دعوى ضمان العيب فى الوقت الملائم لاهماله فى فحص الشيء أو الاخطار عنه ، إما بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع ولو وقع الاخطار أو لم يعلم المشترى بالعيب إلا بعد ذلك ما لم يكن هناك غش من البائع بأن تعمد العيب . (الطعن رقم٤٥٠٣ س٦١ق جلسة ١٩٩٨/١/١١) .

(٢) نقض ١٩٨٨/٦/٥ طعن ١٤٧٠ س٥٥ : وقد جاء فيه أنه لا يجوز الاتفاق يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عيّنها القانون إذ لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الأفراد ويحظر كل تعديل اتفاقى فى مدة التقادم المقرر بالقانون . قارن عكس ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٢٤.

(٣) نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ س٢١ ص ٦٩٧.
– نقض ١٩٨٥/١٢/٣١ طعن ٥٣٧ س ٥٢ق .

من العقار كان مؤجراً من قبل وضمن للمشترى ان العقار يغل قدراً معيناً من الريع مما جعل المشترى يقبل على تحديد ثمن العقار بمبلغ ... وخلص الحكم من ذلك الى ان المبيع به عيب خفى تعمد البائع اخفاؤه عن المشترى غشًا منه، ورتب الحكم على ما انتهى اليه ان مدة تقادم دعوى الضمان فى هذه الحالة تكون خمس عشرة سنة **من تاريخ العقد** وان هذه المدة لم تنقضِ بعد حتى رفع الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون[1].

(د) موضوع دعوى ضمان العيوب الخفية :

تنص المادة ٤٥٠ على انه « إذا أخطر المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبيّن فى المادة ٤٤٤ » .

يتضح من النص أن الأحكام المطبقة فى حالة الاستحقاق الجزئى هى التى تطبق بالنسبة لضمان العيب الخفى، «فالمشرع لم ير داعياً لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب . فإن الضمانين مردهما الى أصول واحدة فى القواعد العامة . فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرر فى ضمان الاستحقاق » [2].

ونكتفى هنا بالتذكير بما سبق وهو أنه إذا كان العيب جسيمًا يكون المشترى مخيّراً بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع التعويض عن العيب طبقًا لما تقضى به القواعد العامة . فيعوض المشترى عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب . وإذا لم يكن العيب جسيماً ، فلا يكون للمشترى إلا التعويض . ويزيد التعويض أو ينقص تبعًا لما إذا كان البائع سيء النية أى يعلم بالعيب ، أو حسن النية أى لا يعلم به . ففى الحالة الأولى يعوض الضرر

---

(١) نقض ١٩٧٥/١٠/٢٨ س٢٦ ص ١٣٤٥ .

Civ. 25 Juin 2002, Derfrenois 2003, 406, n.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٣٣ .

المباشر حتى لو لم يكن متوقعًا ، وفى الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع (١).

والجدير بالذكر فى هذا الصدد ان القضاء الفرنسى يعتبر البائع المحترف فى حكم من يعلم بالعيب الخفى ، فلا يلزم المشترى باثبات سوء نية البائع . ان تسليم شيء معيب يكفى فى حد ذاته لاثبات خطأ البائع المحترف والمنتج ولا يستطيع أى منهما التخلص من المسئولية باثبات حسن النية وأنه بذل العناية اللازمة ، ومن ثم يلتزم بتعويض كافة الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة .

ويشمل التعويض كافة الأضرار التى تحل بالشيء أو تصيب الشخص ، أى كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب .

هذا بالاضافة الى حق المشترى الثابت ، طبقًا للقواعد العامة فى طلب الفسخ أو التنفيذ العينى . فللمشترى أن يطلب اصلاح المبيع أو استبداله كليًا أو جزئيًا متى كان ذلك ممكنًا .

ويبدو ذلك فى حالة تعدد المبيع وظهور العيب فى بعضه دون البعض ، كبيع كمية من الآلات . هنا يتوقف الأمر على مدى قابلية الصفقة للتبعيض من عدمه ، فإذا كانت تقبل التجزئة طبقت قواعد الضمان على الجزء المعيب فقط ، وإلا وجب إعمال الضمان على الصفقة برمتها . ويتوقف ذلك على مدى جسامة العيب .

(هـ) أثر هلاك المبيع أو التصرف فيه على دعوى الضمان :

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان(٣) . مؤدى ذلك أن دعوى ضمان العيوب الخفية لا تنقضى بهلاك المبيع فى يد المشترى

---

(١) راجع ما سبق ص ٣٠٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٣٤ .

(٣) م ٤٥١ .

بعد التسليم . أما هلاك المبيع المعيب قبل التسليم فيكون على البائع .
والقاعدة أن هلاك المبيع أياً كان سببه لا يؤثر على حق المشترى فى الضمان . ولكن نطاق هذا الحق يختلف باختلاف سبب الهلاك .

فإذا أهلك المبيع فى يد المشترى بخطأ البائع أو بسبب العيب الموجود به ، كان له مطالبة البائع بالتعويضات الكاملة المقررة فى حالة الاستحقاق الكلى ، على أن يرد له ما بقى من المبيع إن كان الهلاك جزئياً .

أما إن هلك المبيع بسبب عيب جديد أو بسبب أجنبى أو بخطأ المشترى ، فإن حق المشترى فى الرجوع على البائع بالضمان بسبب العيب الذى كان موجوداً فى المبيع يظل قائماً. ويكون من حقه المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب العيب وذلك على فرض استبقائه للمبيع معيباً.

وإذا علم المشترى بوجود العيب ثم تصرف فى المبيع كمالك فلا رجوع له بالضمان ، حيث يفيد التصرف فى هذه الحالة الرضا بالعيب والنزول ضمناً عن التمسك بالضمان ، ما لم يكن قد احتفظ بحقه فى الرجوع بالضمان قبل التصرف . وقد يستخلص النزول من استعمال المبيع بطريقة معينة ، كمن يكتشف عيبًا معيناً فى المبنى ثم يقوم بترميمه وسكناه . ويستقل قاضى الموضوع بتقدير الظروف التى تفيد النزول الضمنى عن الضمان . ويقع على عاتق البائع عبء اثبات النزول .

(و) تعديل أحكام ضمان العيب :

ان أحكام الضمان القانونية ليست من النظام العام ، ولهذا يجوز الاتفاق على تعديلها بزيادة الضمان أو انقاصه أو اسقاطه .

من أمثلة الاتفاق على **زيادة الضمان** ، الاتفاق على ضمان البائع للعيب اليسير أو العيب الذى كان بوسع المشترى تبيّنه بالفحص المعتاد ، والاتفاق على مدة أطول من سنة لسقوط دعوى الضمان .

والاتفاق على **انقاص الضمان** يمكن أن يتمثل فى اعفاء البائع من ضمان عيب معيّن ، أو قصر الضمان على العيوب التى لا تظهر إلا بالفحص

الفنى ، أو قصر حق المشترى على التعويض مع الاحتفاظ بالمبيع ولو كان العيب جسيماً .

ويجوز الاتفاق على **اسقاط الضمان كلية** . فلا يجوز الرجوع على البائع بأى شيء [(١)]. ويبدو ذلك واضحًا عندما يشترى المشترى ساقط الخيار . ويحدث هذا عادة فى البيوع التى تتم بالمزاد الاختيارى .

ويبطل الاتفاق على انقاص أو اسقاط الضمان إذا تعمد البائع اخفاء العيب عن المشترى غشًا منه . ويقتصر البطلان على العيب الذى تعمد اخفاءه دون سواه . ويصح الاتفاق إذا كان البائع قد أعلم المشترى بالعيب واشترط الاعفاء منه .

والقاعدة أن الاتفاق على الاعفاء أو الانقاص من ضمان العيب لا يفترض، بل يجب اثبات اتجاه إرادةالمتعاقدين إليه . ويقع على المشترى عبء اثبات غش البائع بتعمده اخفاء العيب ، فالأصل حسن النية وعلى من يدعى العكس اثبات ذلك .

(ى) تمييز دعوى العيب عن الدعاوى الأخرى :

إذا وجد عيب بالمبيع طبقًا للشروط السالفة ، كان للمشترى الرجوع بدعوى الضمان على البائع . وتلك الدعوى لا تمنع الاستناد الى القواعد العامة التى قد تسمح للمشترى باستخدام عدة دعاوى أخرى يتعيّن التفرقة بينها وبين دعوى ضمان العيب [(٢)].

---

(١) بخلاف الحال بالنسبة لشرط عدم ضمان التعرض والاستحقاق حيث يقتصر أثره على اعفاء البائع من التعويض مع الزامه برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلا إذا كان المشترى عالمًا بسبب الاستحقاق أو كان قد اشترى ساقط الخيار . أنظر ما سبق ص ٢٣٤ ، ٢٤٠ .

(٢) مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية . شرطها . أن تكون العيوب كامنة فى مادة الشيء المبيع ذاته وموجودة فيه وقت تسلم المشترى له وأن تنقص من قيمته بحسب الغرض الذى أعد له وأن يثبت المشتير عدم استطاعته أن يتبينها بنفسه ولو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع منها أوتعمد اخفائها غشاً منه . م ٤٤٧ مدنى.

دعوى الطاعن (المشترى) بمطالبة المطعون ضدهم (البائعين) بتعويض =

١- دعوى الغلط : الغلط هو وهم يقوم فى ذهن المتعاقد فيصوّر له المبيع على غير حقيقته . وهو أوسع نطاقاً من العيب . فالغلط يجب أن يكون جوهرياً بحيث لو علمه المشترى لما أقبل على التعاقد . ويلزم أن يكون البائع على علم به أو من السهل عليه أن يتبيّنه . أما العيب موضوع دعوى الضمان فلا يلزم أن يكون جوهرياً بل يكفى أن يكون مؤثراً ، ولا يشترط علم البائع به . أضف الى ذلك أن الغلط هو أمر شخصى محض يتعلق بصفة جوهرية فى المبيع يقدرها المتعاقد أما العيب فأمر موضوعى يتعلق بالمبيع وصلاحيته للغرض الذى أعد له .

وتختلف أحكام دعوى الغلط عن دعوى العيب ، فالأولى تتقادم بمرور ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بالغلط . والثانية تتقادم بمرور سنة من وقت التسليم . وتقبل الأولى دون الثانية فى البيع بالمزاد القضائى والإدارى . وأخيراً فإن موضوع دعوى الغلط هو إبطال العقد مع التعويض إن كان له مقتضٍ ، أما دعوى العيب فترمى الى الإبقاء على العقد وهى تنفيذ بمقابل يطلب فيها التعويض .

٢- دعوى الفسخ : تقوم دعوى الفسخ إذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع فى الحالة وبالصفات المتفق عليها ، وتختلف عن دعوى الضمان فى أنها أكثر اتساعاً حيث يمكن رفعها عند الاخلال بأى التزام ناشئ عن عقد البيع ، وليس مجرد وجود عيب بالمبيع ، بشروط محددة كما هو الحال بالنسبة لدعوى الضمان .

وتختلف أحكام كل من الدعويين فى أن دعوى الفسخ تؤدى الى زوال

= الأضرار التى لحقته نتيجة إخلالهم بالتزاماتهم التعاقدية الناشئة عن عقد البيع . من وجوب توفير مياه الرى بالكمية والضغط اللازمين لتشغيل أجهزة الرى المحورى أساسها الأحكام العامة للمسئولية العقدية . عدم اعتبارها دعوى بضمان العيوب الخفية . أثره . تقادمها بمضى خمس عشرة سنة من وقت اخلال البائع بالتزامه . قضاء الحكم المطعون فيه باعتبارها دعوى بضمان العيوب الخفية وبتقادمها طبقاً للمادة ٤٥٢ مدنى . خطأ .

الطعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ق - جلسة ٢٠٠٠/٤/٢٧ .

العقد ، أما دعوى الضمان فتستمد من العقد ذاته وترمى الى تنفيذه عن طريق التعويض . ويجوز رفع دعوى الفسخ فى البيع بالمزاد الإدارى والقضائى . تتقادم دعوى الفسخ بمدة ١٥ سنة من وقت الاخلال بالالتزام .

٣- دعوى العجز فى مقدار المبيع : تتعلق تلك الدعوى بالمبيع من حيث الكم أى بمقداره بينما تتعلق دعوى ضمان العيب بالمبيع كيفاً أى بصفاته . وتتفق الدعويان فى أن مدة التقادم فيهما واحدة وهى مدة سنة . ويجوز للمشترى فى الدعويين رد المبيع فى حالة العجز أو العيب الجسيم ، إلا أن الرد يكون من قبيل الفسخ للبيع فى دعوى العجز ، بينما يكون تنفيذاً للعقد بطريق التعويض فى دعوى ضمان العيب.

وتختلف دعوى العجز عن دعوى ضمان العيب فى أن الأولى يجوز رفعها فى البيوع القضائية والإدارية بالمزاد ، ولا يشترط فيها عدم علم المشترى بالعجز .

٤- دعوى الاستحقاق الجزئى : تتعلق تلك الدعوى بملكية المبيع وليس بسلامته الذاتية ، كما هو الحال بالنسبة لدى ضمان العيب .

تتفق الدعويان فى أن المشرع جعل التعويض المستحق للمشترى فيهما واحداً . إلا أنه يوجد بعض الاختلاف فى الأحكام بينهما ، فدعوى الضمان يشترط فيها عدم علم المشترى بالعيب . ولا يجوز رفعها فى البيوع الإدارية والقضائية بالمزاد . ولا يشترط ذلك فى دعوى الاستحقاق . أضف الى ذلك أن مدة تقادم تلك الدعوى هى ١٥ سنة من وقت الاستحقاق ، أما دعوى العيب فتتقادم بمدة سنة من وقت التسليم .

المطلب الثالث
ضمان صلاحية المبيع للعمل مدّة معلومة

أورد المشرع تطبيقاً تطبيقاً للزيادة فى الضمان فى المادة ٤٤٥ ، التى تجيز للمتعاقدين الاتفاق على أن يضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة معيّنة . هذا الضمان وإن نظم القانون أحكامه ،إلا أنه ذو طبيعة اتفاقية محضة سواء فى نشأته أو فى مضمونه (١).

جاء التطور التقنى الحديث وما صحبه من تغيّر فى نظام الانتاج والتوزيع ليبرز أهمية هذا الضمان ، حيث إحتل مكانة هامة في عمليات بيع وتوزيع الأجهزة والآلات الحديثة التى غالباً ما يجد المشترى لها نفسه عاجزاً عن تفهم مكنونها ، قلقاً إزاء تعطلها وصلاحيتها للعمل ، خاصة إذا كان المشترى مستهلكاً عادياً استغلت فيه شركات الانتاج والتوزيع هذا القلق وقدمت له الضمان المذكور كميزة استثنائية على سبيل الدعاية التى تغرى بشراء السلعة ، علماً بأنه يدفع مقابل هذه الميزة ضمن الثمن المتفق عليه .

إن دراستنا لضمان صلاحية المبيع ترمى الى التعرّف على طبيعته ، وتبيّن مدى استقلال أحكامه عن أحكام الضمان القانونى ، وهل يعد حقيقة ميزة اضافية كما تصوّره الدعاية التجارية أم يعد تطبيقاً للقواعد العامة فى تنفيذ العقد . ونعرض لتلك الدراسة فى أربعة محاور ، الأول لمعرفة نطاق الضمان ، والثانى للتعرّف على أحكامه من خلال آثاره وبيان طبيعته ، والثالث لبيان أثر حسن النية فى إعماله ، والرابع لبيان موقعه من القواعد العامة .

---

(١) أنظر مؤلفنا فى ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ٢٠٠٣.

الفـرع الأول
نطاق ضمان صلاحية المبيع للعمل

إن ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة يعد التزاماً اتفاقياً بالضمان يحدد نطاقه ومعالمه التصرف القانونى المنشىء له . فهو ضمان اضافى لا ينشأ إلا بالنص عليه صراحة . ويعد تشديداً لضمان العيوب الخفية الذى ينص عليه القانون(١) .

(أ) النص على الضمان فى عقد البيـع :

إن ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة هو ضمان اتفاقى ، لا يقوم إلا بالاتفاق عليه صراحة ، ومن ثم فإن نطاق سريانه يتحدد بالاتفاق المنشىء له .

يتم الاتفاق – غالبًا – على هذا الضمان فى عقد البيع . إلا أنه يمكن أن يرد فى أى عقد من العقود ، كأن يلتزم مصلح محرك السيارة ، بضمان صلاحية هذا المحرك للعمل مدة زمنية معيّنة ، وكأن يلتزم مؤجر الآلة بضمان صلاحيتها للعمل– على مستوى معيّن من الأداء – طوال فترة الايجار . وليس هناك ما يمنع من التزام الواهب بضمان صلاحية الشىء الموهوب للعمل مدة زمنية معيّنة .

يرد الالتزام بضمان صلاحية الشىء للعمل فى العقد ذاته أو فى اتفاق لاحق . والصورة الغالبة للنص على هذا الضمان تبدو فى عقود بيع المنتجات والأجهزة الحديثة كالسيارات والأدوات الكهربائية على اختلاف أنواعها ، حيث درج البائعون على إعطاء المشترى قسيمة ضمان يتحدد فيها ضمان المبيع للعمل خلال مدة معيّنة . وتتضمن القسيمة شروطاً مطبوعة ومعدة سلفاً وهى خاصة بكل نسخ السلعة المنتجة من نفس النوع . تلك الصورة

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٠٩ ،

الجديدة للتعاقد أسفر عنها النظام الحديث فى نظام الانتاج والتوزيع .

أمام الطبيعة الاتفاقية والاستثنائية لضمان الصلاحية للعمل ، يقع عبء اثباته على عاتق من يتمسك به . فالدائن بالضمان هو الذى يثبت وجوده من خلال التصرف المنشىء له ومدة الصلاحية وبدء سريانها . ويعد هذا الضمان تشديداً للضمان القانونى . لذا وجب النص عليه صراحة . ولايكفى مجرد العبارات العامة التى تقطع فى اتجاه النية الى تعديل الأحكام العامة للضمان (١) .

ونرى التزام البائع بضمان صلاحية المبيع إذا ورد مثل هذا الضمان فى الاعلانات أو اللوحات لأن ذلك يعد التزامًا بإرادته المنفردة . وغالبًا ما يكون الأمر قد دخل فى النطاق العقدى من خلال الدعاية التى تجذب المشترى وتدفعه الى الشراء .

ويسهل اثبات الالتزام بالضمان إذا كان ذلك مدرجاً فى نصوص العقد أو كان لدى المشترى قسيمة الضمان . إلا أن الأمر يثور فى حالة فقدان تلك الوثيقة ، أو عدم تحريرها أصلاً. نرى أن التزام البائع بالضمان يظل قائماً لأنه التزام بالإرادة المنفردة وعلى المشترى اثبات وجوده من خلال اثبات حالات بيع مشابهة لنفس المنتج . فنسخ المنتج الواحدة تخضع جميعها فى بيعها لشروط موحدة ، وهى ما تسمى بالشروط العامة للبيع . ويقع على المشترى كذلك عبء اثبات واقعة الشراء وتاريخه حتى يمكن معرفة بدء فترة الضمان .

(ب) الشىء محل الضمان :

إن المعنى الحرفى للنص يؤدى بنا الى القول بأن ضمان صلاحية المبيع للعمل قاصر على المنقولات التى تعمل ، أى تلك التى تحتوى على قدر

---

(١) لمحكمة الموضوع السلطة فى تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التى أحاطت بتحريره . وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته . نقض ١٩٦٢/٥/٢٤ س ١٣ ص ٦٩٣ .

من الحركة الذاتية، كالآلات الميكانيكية والسيارات والساعات والأجهزة المنزلية والطبية[١] . وهذا ما تؤكده المذكرة الايضاحية صراحة ، حيث تبين الحكمة من إدخال هذا النص الجديد وهى مواجهة التطور التقنى الحديث بما يحمله من آلات وأجهزة دقيقة ومعقدة [٢] مقتضى ذلك استبعاد العقارات والمنقولات العادية كالسلع والبذور واللوحات وكذلك الأشياء غير المادية من نطاق النص.

إلا أنه ينبغى ملاحظة أننا بصدد ضمان اتفاقى يمكن تغيير نطاق تطبيق أحكامه . فقد يلتزم البائع بضمان صلاحية مواد غذائية للاستعمال مدة زمنية معيّنة . ويمكن أن يضمن البائع صلاحية المنزل للسكنى مدة معيّنة بالاضافة الى الضمان القانونى للعيوب الخفية . وقد يضمن المهندس المعمارى استمرار الرونق الزخرفى للمبنى مدة زمنية معيّنة، هذا الى جانب الضمان القانونى لسلامة البناء .

(جـ) حدوث خلل مؤثر فى صلاحية المبيع للعمل :

يتحقق الضمان الاتفاقى بمجرد حدوث أى خلل فى المبيع يؤثر فى صلاحيته للعمل أثناء فترة الضمان . قد يكون الخلل كليًا يصيب الآلة أو الجهاز بأكمله كتوقفه عن العمل ، وقد يكون جزئيًا يتعلق بأحد أجزاءه . بل إن الأمر قد يرد على كفاءة الآلة ومستوى أداء الخدمة المطلوبة بالمقارنة بالآلات المماثلة .

يغطى الضمان كل أنواع الخلل التى تصيب الشىء المبيع مهما كانت يسيرة طالما تؤثر فى صلاحيته للعمل . فالصلاحية للعمل هى المعيار الذى يمكن به الحكم على وجود الخلل من عدمه . والمقصود بالصلاحية للعمل هى أداء الجهاز للوظيفة المرجوة منه بكل جوانبها الضرورى منها والكمالى .

---

(١) أنظر مؤلفنا فى المسئولية الطبية ، ١٩٩٥ .

(٢) الأعمال التحضيرية ص ١٣٠ .

(٣) أنظر مؤلفنا فى المسئولية المعمارية ، ١٩٨٧ .

فالخلل الذى يصيب الجزء الخاص بتحريك مقاعد السيارة فى الأوضاع المناسبة شأنه شأن ذلك الذى يطرأ على المحرك . وصوت « الثلاجة » المقلق للراحة يثير الضمان حتى لو كانت تؤدى وظيفتها الأساسية وهى التبريد.

ومعيار الوظيفة المرجوة من الجهاز أو الغاية المقصودة من الآلة هو معيار موضوعى يتضح من الغرض الذى أعد من أجله كما هو واضح من طبيعته ومن الاتفاق المبرم بين الأطراف . ويستعين القاضى فى ذلك بالقياس على سلعة أخرى مماثلة من نفس النوع .

ان الخلل الذى يصيب المبيع ويؤثر فى صلاحيته للعمل قد يكشف عن وجود عيب فيه ويرتبط به على نحوٍ يثير كل من الضمان الاتفاقى والقانونى . ويكون المشترى بالخيار بينهما . فإذا توافرت فى الخلل شروط العيب الخفى كان المشترى بالخيار بين الرجوع على البائع بضمان صلاحية المبيع فيطالبه باصلاحه ، أو بضمان العيب الخفى فيرد اليه المبيع أو يطالبه بتعويض الضرر إذا كان العيب غير جسيم .

ان الخلل الموجب للضمان الاتفاقى قد يرتبط بالعيب الموجب للضمان القانونى ، إلا أنه لا يختلط به . فالعيب الموجب للضمان القانونى ينبغى أن يكون مؤثراً أى على درجة معيّنة من الجسامة . أما الخلل الموجب للضمان الاتفاقى فهو ذلك الذى يؤثر فى صلاحية المبيع للعمل أياً كان نوعه مهما كان يسيراً أو متسامحاً فيه ، فهو يقترب – من حيث النطاق – من ضمان الصفة المكفولة فى المبيع[1] .

يضمن البائع أى خلل يؤثر فى صلاحية المبيع للعمل خلال فترة الضمان حتى ولو كان المشترى على علم به أو كان ظاهراً على نحو

---

(١) ان المشرع لم يشترط فى حالة فوات الصفة ما اشترطه فى العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثراً وخفياً ، بل انه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجباً لضمان البائع سواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو كان لا يعلم . نقض ١٩٧٠/٣/١٩ س٢١ ص ٤٧٥ .

يستطيع تبيّنه بنفسه بالفحص المعتاد ، فهذا يعد تطبيقًا للمادة ١/٤٤٧ لأن ذلك الضمان هو التزام يتعهد بمقتضاه البائع بصفة معيّنة فى المبيع وهى صلاحيته للعمل، ويؤكد خلوه من أى خلل أو عيب .

(د) حدوث الخلل خلال فترة الضمان :

يضمن البائع صلاحية المبيع للعمل خلال فترة زمنية . تلك الفترة تختلف حسب طبيعة الجهاز والمنتج له . وهى تتراوح خلال فترة زمنية معيّنة . هى تتراوح عادة بين ستة أشهر الى عامين أو أكثر . يضمـن البائع كل خلل أو عطل يقع بالمبيع خـلال مدة الضمان .

ويتوقف تحديد مدة الضمان على عدة عوامل منها ما يرجع الى طبيعة الشيء ، كعمره الافتراضى أو فترات استخدامه أو مراحل استهلاكه ، ومنها ما يتعلق بإرادة المشترى ، كأن تكون مدة الضمان كافية لتجربة مدى صلاحية المبيع للعمل . كالساعة أو السيارة ، أو أنها تكفى لاستهلاك المبيع ذاته ، كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية . ويمكن للمشترى الاستفادة من فترة ضمان أطول إذا دفع مبلغًا اضافيًا الى جانب الثمن . ويكون هنا بمثابة تأمين لمصلحته . ومن العوامل ما يتفق مع مصلحة البائع حيث يسعى لقصر فترة الضمان على مرحلة الأمان التى نادراً ما يصاب فيها المبيع بخلل غير راجع لسوء استخدام المشترى ، أو يحدد تلك الفترة على ضوء التأمين الذى يعقده كمنتج أو كموزع لتغطية مسئوليته عن ضمان صلاحية المبيع .

ويبدأ سريان فترة الضمان عادة بوقت البيع ، إذ غالباً ما يتلازم البيع مع التسليم . ويحرر البائع للمشترى قسيمة الضمان . إلا أنه عند تأخر التسليم عن وقت البيع فإن فترة الضمان تسرى من تاريخ التسليم . ويلتزم البائع بالضمان بمجرد حدوث الخلل المؤثر فى صلاحية المبيع للعمل قبل نهاية فترة الضمان ، سواء كان الخلل لاحقاً للتسليم أو سابقاً له . المهم أن يكون الخلل متعلقاً بتصنيع الشيء أو بمادته ، وغير راجع لخطأ المشترى أو لسوء استخدام المبيع .

ويثور التساؤل حول الفرض الذى يظهر فيه الخلل عقب انتهاء فترة الضمان ، إلا أن مصدره أو نواته وجرثومته وجد قبل ذلك . نرى استفادة المشترى من الضمان بشرط ألا ينسب اليه خطأ فى هذا الشأن ، كأن يكون قد أدرك مصدر الخلل وخطورته أو نواته فى بدايته خلال فترة الضمان وتراخى عن الابلاغ عنه واصطحاب الجهاز الى مركز الخدمة طبقًا للتعليمات المنصوص عليها فى الوثيقة المسلمة اليه .

ولقبول دعوى الضمان من المشترى عليه عبء اثبات بداية ومصدر الخلل أثناء فترة الضمان وتفاقمه بعد ذلك . وللمحكمة سلطة تقدير الظروف التى تم فيها ذلك .

يقدم الضمان الاتفاقى ميزة هامة للمشترى وهى اعفائه من عبء اثبات عدم صلاحية المبيع للعمل . ان مجرد حدوث الخلل أثناء فترة الضمان يعد قرينة على أن هذا الخلل مرتبط بعيب فى صناعة الجهاز أو تصميمه أو مادته. ويتعلق الأمر بقرينة بسيطة يستطيع البائع اثبات عكسها بكافة طرق الاثبات . حيث يقيم الدليل على ان الخلل راجع الى سبب أجنبى ، كخطأ المشترى أو خطأ الغير أو القوة القاهرة . ولا يستطيع البائع التخلص من الضمان إلا باثبات خطأ المشترى فى عدم اتباع التعليمات . ويتطلب ذلك اثبات تبصر المشترى بمصدر الخلل وتراخيه عن تنفيذ التعليمات المنصوص عليها صراحة وبوضوح، وهو أمر يصعب اثباته . ويسهل الاثبات فى حالة مخالفة المشترى للتعليمات المبيّنة فى الكراسة المرفقة للجهاز ، حيث يعد ذلك قرينة على خطئه . ولكن الضمان لا يسقط فى هذه الحالة إلا باثبات البائع أن مخالفة التعليمات هى التى تسببت فى حدوث الخلل .

(هـ) ارتباط الخلل بصناعة المبيع :

يتضح من شهادات الضمان التى تصدرها الشركات المنتجة ، أن مسئولية الشركة تنحصر فى اصلاح وتغيير قطع الغيار فى حالة وجود « عيوب فى التصنيع » ، « العيوب المصنعية » ، « وعيوب الصناعة » . تعبر الصيغ المختلفة

عن نفس المعنى وهو ضمان الخلل الراجع الى المبيع نفسه ، أما إن كان سبب الخلل خارجيًا فإن الضمان لا يغطيه . لذا فإن شهادات الضمان تستبعد صراحة كل ما ينجم عن سوء الاستخدام أو الاهمال أو مخالفة التعليمات أو تدخل الغير أو القوة القاهرة .

إن ضمان صلاحية المبيع للعمل يضمن فقط خطأ المنتج فى صناعة الشيء المبيع دون خطأ المشترى أو خطأ الغير أو السبب الأجنبى . لذا نرى أن مثل هذا الضمان لا يشكل تشديداً أو زيادة فى التزامات البائع التى تفرضها عليه القواعد العامة . إن ضمان عيوب الصناعة يعد تطبيقًا لمبدأ مسئولية المتعاقد عن الخطأ فى تنفيذ العقد ، حيث « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » [1]. ولا شك أن بيع سلعة معيبة التصنيع لا يعد تنفيذاً للعقد بحسن نية حتى لو تأخر ظهور العيب الى ما بعد التسليم . فالعيوب لا تتكشف فى الأجهزة والآلات الحديثة بطبيعتها إلا من خلال العمل والممارسة ، المعيار الحقيقى لسلامة المبيع وصلاحيته . لهذا نجد اتجاهاً متزايداً فى القضاء والتشريع الفرنسى نحو التشديد فى مسئولية المنتج تجاه المستهلك والتوسع فى فكرة الضمان الواجب على المهنى مع تضييق ورقابة الشروط المحددة للضمان أو المسقطة له .

ونعرض لأهم الأسباب التى يوردها المنتجون فى قسيمة الضمان لإسقاط الضمان الخاص بصلاحية المبيع للعمل .

١- سوء الاستخدام ومخالفة التعليمات : يستبعد عادة من نطاق الضمان الخلل الناجم عن سوء استخدام الجهاز أو الآلة . وصور سوء الاستخدام كثيرة ومتنوعة كسوء قيادة السيارة أو حوادث الطرق أو استخدامها فى غير الغرض الذى أعدت له ، كاستخدام سيارة نقل الأشخاص فى نقل

---

(١) م ١/١٤٨ .

Sophie Lambert, Responsabilité du fait des produits défectueux, 2000, P. 36.

البضائع . واستعمال الجهاز المخصص للاستخدام المنزلى للأغراض التجارية أو الخطأ فى توصيل الجهاز بالمصدر الكهربائى المناسب أو عبث الأطفال به على نحو يؤدى الى اتلاف أجزاء منه أو تعرضه للكسر . وغالبًا ما يتسلم المشترى مع الجهاز تعليمات مكتوبة تبيّن طريقة الاستخدام والأشياء الواجب اتباعها لصيانته أو اصلاحه . وينص فى وثيقة الضمان على أن مخالفة هذه التعليمات يؤدى الى الحرمان من الضمان . وتتمثل هذه التعليمات فى الغالب فى حظر تشغيل الآلة أكثر من طاقتها المقدّرة لها وضرورة ايقافها عند حد معيّن . وضرورة تزويدها بأشياء معيّنة أو استبدال أجزاء فيها كل مدة محددة ، وحظر فك أو تركيب أو محاولة اصلاحها خارج مركز الخدمة المخصص لذلك .

ونرى ضرورة التحفظ فى إعمال التعليمات السابقة والحد من نطاق تطبيقها . فالتعليمات المذكورة لا تؤدى الى سقوط الضمان عند مخالفتها إلا إذا وردت على نحو من التفصيل والوضوح الذى يمكن للمستهلك العادى أن يستوعبها وينفذها . ولا يمكن الاحتجاج على المشترى بتعليمات واردة بلغة أجنبية أو بصيغة فنية لا يفهمها سوى المتخصص .

وأضف الى ذلك أن معيار سوء الاستخدام ينبغى تقديره بمعيار المستهلك العادى . إذ لا يطلب من الفرد العادى استخدام الجهاز أو التعامل معه بطريقة الخبير العارف . فالخطأ اليسير فى تشغيل الجهاز أمر مقبول من عامة الناس أمام تعقد الآلات الحديثة. ومن ثم فالقضاء يقيم التوازن فى العلاقة العقدية بين الأطراف من خلال تفسير العقد ومراقبة تنفيذه تطبيقًا للمبدأ القاضى بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقًا للعرف الجارى فى المعاملات ، والمبدأ القاضى بوجوب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (١).

---

(١) م ١٥٠ ، ١٤٨ وبحث حسن النية فى تنفيذ العقد من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق المطلق فى تقديرها . نقض١٥/١١/١٩٦٦س١٧ص ١٦٨٨ .

ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته وفقًا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

وتطبيقًا لنفس المبادئ لا يستطيع البائع التخلص من الضمان بمقولة أن ما حدث للجهاز يعد من قبيل الاستهلاك العادى له . إن النص فى وثيقة الضمان على هذا السبب للاعفاء من الضمان يعد مناقضًا لروح الضمان الاتفاقى والحكمة منه . فضمان المنتج صلاحية المبيع مدة معيّنة ينطوى بالضرورة على تأكيد الحالة الطيبة للجهاز وعدم ظهور أية عيوب أو خلل أثناء تلك الفترة ، بالاضافة الى صلاحيته وصلابته الكافية لتحمل الاستعمال العادى ، وعلى هذا فإن أى خلل أو استهلاك ينهى صلاحية الجهاز خلال فترة الضمان يكشف بالتأكيد عن عيب فى صناعته .

٢- خطأ الغير ، القوة القاهرة : رأينا أن الضمان قاصر على عيوب التصنيع ، أى لا يغطى سوى خطأ المنتج ، ويستبعد من نطاقه خطأ المشترى أو الغير .

والغير الذى يتسبب فى المساس بصلاحية الشيء للعمل يسأل فى مواجهة المشترى صاحب الجهاز طبقًا للقواعد العامة للمسئولية المدنية وذلك كمن يعهد اليه المشترى بنقل الجهاز أو صيانته أو كالمعار اليه .

ويثور التساؤل حول الخلل الذى يصيب الجهاز أو الآلة لدى الموزع أو بسببه . لا تثور صعوبة إذا كان مركز التوزيع تابعاً للشركة ، أى أحد منافذ التوزيع الخاصة بها . فهى التى تسأل عن اصلاح المبيع أما بالنسبة للموزع الذى يتقاضى عمولة من الشركة المنتجة عن كل نسخة يقوم ببيعها فيلعب دور الوسيط حيث يقوم ببيع الجهاز وتسليم شهادة الضمان التى يرجع بها المشترى مباشرة على المنتج فى مركز الخدمة المعد لذلك . لذا فإن الموزع يسأل فى مواجهة المشترى عن الخلل الذى يصيب المبيع لديه وبسببه . هذا وتنص بعض وثائق الضمان صراحة على استبعاد الخلل الذى يحدث للمبيع أثناء النقل من أو الى الموزع .

٣- تستبعد وثيقة التأمين كذلك الخلل الناجم عن **الحريق والكوارث الطبيعية .**

(و) المدين فى الضمان :

ينشأ ضمان صلاحية المبيع للعمل بالاتفاق ، ويخضع لقاعدة نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص ، أى لا يلتزم به سوى الطرف المدين به فى الاتفاق ، ومن ثم فإن البائع الذى يضمن صلاحية مبيعه للعمل يلتزم بذلك، أما البائعون اللاحقون فلا يقع عليهم الالتزام بالضمان إلا بالنص عليه فى العقود التى أبرموها .

والمدين الأساسى فى الضمان الاتفاقى من الناحية الفعلية هو الصانع أو المنتج . أما البائع فهو مجرد موزع للسلعة . وغالبًا ما يقوم بدور الوسيط الذى يعمل على تنفيذ هذا الضمان .

يشير الضمان أحيانًا الى أنه عند ظهور خلل فى الجهاز ، يتوجه به المشترى مباشرة الى مركز الخدمة الذى يخصصه المنتج لذلك الغرض ، حيث يقوم باختبار صلاحية الجهاز وإصلاحه .

إلا أنه غالبًا ما يتيح الضمان للمشترى الرجوع على الموزع الذى باع له الجهاز حيث يتكفل بعملية الاصلاح . وحتى فى هذه الحالة فإن المنتج هو الذى يقوم عملاً بتنفيذ ذلك. إذ يقوم البائع بدور الوسيط الذى يرسل اليه الجهاز إما لإصلاحه أو فحصه لمعرفة سبب الخلل وإمداده بقطع الغيار اللازمة ليجرى الإصلاح بمعرفته طبقًا للاتفاق المبرم بينهما (١).

لا شك أن رجوع المشترى على الموزع لاصلاح الخلل يعد تنفيذًا لعقد البيع المبرم بين الطرفين ، حيث ينبع منه بالاضافة الى الالتزام القانونى بالضمان ، الالتزام الاتفاقى بصلاحية المبيع للعمل مدة معيّنة .

---

(١) Cass. Civ. 26 fév. 2003, Bull. Civ. 111, n. 53.

أساس التزام المنتج بالضمان : ولكن التساؤل يثور حول الأساس الذى يستند اليه المشترى فى حالة رجوعه المباشر على المنتج .

يمكن القول بأن المنتج يلتزم بالضمان فى مواجهة البائع الذى ينقل بدوره هذا الضمان الى المشترى ، أى أننا بصدد حوالة حق ضمنية ، أو أن الضمان ينتقل مع المبيع بوصفه من ملحقاته .

هذا القول – رغم وجاهته فى تأسيس التزام المنتج بالضمان – غير صحيح لأن المشترى لا تتجه إرادته الى ابرام عقدين بل عقد واحد مع الموزع، والضمان ليس موضوعًا لعقد مستقل بل هو جزء من العقد أو نتيجة له . أضف الى ذلك أن المنتج ليس طرفًا اضافيًا فى العقد مع الموزع البائع لأن المشترى يبرم عقده مع طرف واحد فقط .

والصحيح الذى نراه أن التزام المنتج بالضمان هو تصرف قانونى انفرادى ينشىء التزامًا فى ذمة صاحبه لكل من يشترى سلعته بالشروط المقررة . ولا يحتاج قبولاً من جانب المشترى الذى لا يتحمل بالتزام مقابل . ويكفى بالتالى إرادة المنتج باعتباره المدين بهذا الالتزام حيث تتجه إرادته الى زيادة حدود التزامه بضمان العيوب الخفية .

أساس التزام الموزع بالضمان : لا تثور صعوبة بالنسبة للموزع البائع حيث يلتزم بالضمان الاتفاقى الى جانب التزامه بالضمان القانونى المتولد عن عقد البيع بوصفه طرفًا فى هذا العقد . إلا أن الصعوبة تبدو فى حالة تعهد المنتج بإمكان اجراء اصلاح الخلل لدى أى من موزعى منتجاته . فالمشترى لا يلتزم بالالتجاء للموزع الذى باع له بالذات . فما هو الأساس القانونى لرجوع المشترى على الموزع الآخر ؟

يمكن القول بأن التزام المنتج فى مواجهة المستهلك بإمكان إصلاح الخلل فى الجهاز لدى أى من موزعى منتجاته يعد من قبيل التعهد عن الغير . ولكن هذا التعهد لا يلزم الموزع . وهذا الأخير لا يلتزم بدوره تجاه المشترى إذا لم يكن هو البائع . إذ لا تقوم بينهما علاقة قانونية .

أما إذا اشترط المنتج على كل موزعيه القيام باصلاح الخلل فى أى جهاز من أجهزته تنفيذاً للضمان الاتفاقى لمصلحة كل مشترى أياً كان المكان الذى اشترى منه ، فإننا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير يتعهد فيه الموزعون فى مواجهة المنتج بالالتزام بالاصلاح لمصلحة المشترى ، الذى يستطيع بدوره الزام أى موزع بتنفيذ الضمان إعمالاً لحقه المباشر المستمد من عقد الاشتراط لمصلحته .

الفرع الثانى

أحكام ضمان صلاحية المبيع للعمل

(أ) إخطار البائع بالخلل :

ينبغى لإعمال الضمان القانونى إخطار المشترى البائع بالعيب بمجرد ظهوره خلال مدة معقولة ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب . ويقوم نفس المبدأ بالنسبة للضمان الاتفاقى مع مزيد من التحديد بالنسبة للميعاد حيث يلتزم المشترى باخطار البائع بالخلل فى مدة شهر من ظهوره .

ولا شك أن سرعة إخطار البائع بالخلل المؤثر على صلاحية المبيع للعمل يعد أمراً حيوياً بالنسبة للملتزم بالضمان من جهة ولطبيعة المبيع من جهة أخرى . فالأشياء موضوع الضمان هى فى الغالب أجهزة دقيقة الصنع والخلل فيها سريع التطور والتأثير فى الوسط المحيط ، لذا فإنه من الأهمية بمكان سرعة إخطار البائع حتى يتسنى له معرفة الخلل وإصلاحه قبل تفاقمه واتساع نطاق ما ينجم عنه من أضرار ، كما هو الحال بالنسبة للسيارات .

لهذا فإنه غالباً ما تنص وثيقة الضمان على ميعاد أقصى لإخطار البائع قد يصل الى خمسة أيام . هذا بالاضافة الى اجراءات أخرى مثل ضرورة الكف عن استعمال الجهاز عقب ظهور الخلل وعدم المساس به ، بل وضرورة حمله أو ارساله الى مركز الخدمة المخصص لذلك .

لا شك أن مثل هذا التنظيم يعد من قبيل الاتفاق المخالف للنص ويسمح

به القـانون . وهو مـشـروط - فى رأينا - بثـلاثة شـروط وهى : أن تكون التعليـمات المذكورة على درجة كافية من الوضوح بالنسبة للمستهلك العادى، وألا تتسم بالتعسف ، هذا بالاضافة الى عدم ثبوت غش البائع أو سوء نيته . كأن يكون قد تعمد اخفاء العيب مصدر الخلل وتبيّن عواقبه .

ولا يلزم شكل معيّن لإخطار البائع بالخلل . ويمكن أن يتم الإخطار بأى وسيلة كتابية أو شفوية . وغالبًا ما يتم ذلك باصطحاب الجهاز أو الآلة مباشرة للموزع أو المنتج ، الذى لا يستطيع التمسك بسقوط الضـمان إلا بتقديم الدليل على تخلف إخطار المشترى أو عدم تنفيذه للتعليمات المتفق عليها . ولا شك أن وجود دليل كتابى لدى المشترى يسهل عملية اثبات قيامه بالإخطار كاحتفاظه بايصال الخطاب الموصى عليه أو سند تصدير المبيع الى الملتزم بالضمان .

(ب) إعمال الضمان وإصلاح العيب :

يختلف مضمون الضمان القانونى عن نظيره فى الضمان الاتفاقى اختلافًا جوهريًا لاختلاف طبيعة كل منها .

فبالنسبة للضمان القانونى يستطيع المشترى رد المبيع والمطالبة بالتعويضات الكاملة أو الاحتفاظ بالمبيع وطلب التعويض عن العيب وإنقاص الثمن بقدر ما أصابه من أضرار بسبب العيب . هذا فى حالة العيب الجسيم . أما إذا كان العيب غير جسيم فإن المشترى يحتفظ بالمبيع ويحصل على تعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب .

أما عن الضمان الاتفاقى فيتبلور فى صلاحية المبيع للعمل . ومن ثم فإن إعماله يتمثل فى إصلاح الخلل واستبدال الأجزاء المعيبة بأجزاء جديدة . تقتضى طبيعة الضمان والحكمة منه تغطية الأمرين معًا : تقديم قطع الغيار ، بالاضافة الى العمالة المتمثلة فى تركيب هذه القطع مع إصلاح الخلل الموجود بالجهاز .

وإذا كان هذا هو الغالب فى اتفاقيات الضمان ، إلا أنه أحيانًا يشترط

البائع تحمل المشترى لثمن قطع الغيار أو لأجرة العمالة أو نفقات إرسال المبيع أو نقله الى مركز الخدمة. وقد يقتصر الضمان على تقديم بعض الأجزاء المعيبة دون الأخرى . ولا شك فى صحة هذه الشروط إذا كانت واضحة ولم تتسم بالتعسف أو تنطوى على غش أو سوء نية البائع .

(جـ) الاخلال بالالتزام بالضمان :

ان الحكم على مدى تنفيذ المدين لالتزامه يقتضى بادئ ذى بدء التعرّف على طبيعة هذا الالتزام وماهيته .

لا شك أن الالتزام بضمان صلاحية المبيع للعمل يعد التزاماً تعاقدياً . إلا أن الالتزام التعاقدى قد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية . فما هى طبيعة الالتزام بالضمان المذكور ؟ إن تكييف الالتزام بالضمان يعد خطوة أولية لقياس إخلال المدين بالتزامه . فإذا كنا بصدد التزام ببذل عناية ، يكفى البائع – للوفاء بالضمان – اثبات بذله العناية المعتادة لإصلاح المبيع حتى ولو لم يتمكن من ذلك .

أما إذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة ، فإن تنفيذ الالتزام بالضمان يقتضى اصلاح الخلل وإعادته لأداء وظيفته المألوفة .

استقر الرأى على أن ضمان صلاحية المبيع للعمل يعد التزاماً بتحقيق نتيجة . ويتفق هذا التكييف مع جوهر الضمان والحكمة منه . فالبائع يكفل للمشترى صلاحية الجهاز واستمرار سلامته مدة زمنية معيّنة ويتعهد باصلاح الخلل الذى يطرأ عليه خلال الفترة المذكورة على نحو يعيده للعمل بصورته المعتادة . والالتزام بالنتيجة يقع على عاتق البائع سواء تعلق الأمر بتقديم قطع الغيار اللازمة لاحلاحها محل الأجزاء المعيبة أو بالأعمال الفنية التى يقتضيها إصلاح الجهاز .

ولا يستطيع البائع التخلص من الضمان بمقولة عدم توافر قطع الغيار اللازمة لتوقف انتاجها أو لارتفاع سعرها . ولا يجديه اثبات قيامه ببذل الجهد اللازم لاصلاح المبيع أو أن هذا الاصلاح يتجاوز مقدرته الفنية . ولا ترفع عنه

المسئولية إلا إذا قام باثبات أن عدم التنفيذ يرجع الى قوة قاهرة أو سبب أجنبى أو خطأ المشترى[1] ومن قبيل السبب الأجنبى حظر استيراد قطع غيار الجهاز إثر إعلان حالة الحرب مع الدولة المصنعة .

ولا يتم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة بمجرد تحقق هذه النتيجة ، بل يلزم إنجاز ذلك بالطريقة التى تتفق مع مشتملات العقد وما يوجبه حسن النية . فمجرد إصلاح المبيع لا يكفى للوفاء بالالتزام بل ينبغى أن يتم ذلك الاصلاح على النحو المعتاد والذى يتفق مع جسامة الخلل وطبيعة الجهاز والاستعمال المرجو منه كيفاً وكماً ، وبصفة خاصة مع عمره الافتراضى .

فلا يعد وفاءً بالالتزام بالضمان إصلاح الجهاز على نحو يكفل استمرار بقية مدة الضمان ليتوقف عن العمل بعد ذلك، كأن يتم الاصلاح دون استبدال الأجزاء المعيبة بهدف التوفير . يصعب على المستهلك اكتشاف سوء الاصلاح مباشرة ، بل يتم ذلك – فى الغالب – عقب ظهور الخلل من جديد فى الجهاز بعد فوات مدة الضمان .

نرى التزام البائع بالضمان فى هذه الحالة طالما كان سبب الخلل أو بدايته راجعة الى تاريخ سابق . إن ظهور الخلل فى نفس الموضع الذى تم اصلاحه من قبل يعد قرينة تؤكد ذلك. ويجوز اثبات تلك الواقعة بكافة طرق الاثبات . ولا شك فى أهمية الاستعانة بالخبير فى هذا الصدد . ومما يسهل للمشترى سبيل الرجوع بالضمان الإعداد المسبق للدليل ، وذلك من خلال طلب معاينة الجهاز بواسطة خبير تعيّنه المحكمة .

(د) جزاء الالتزام بالضمان :

إن التزام البائع بالضمان يعد التزاماً بعمل ، ومن المقرر أنه « فى الالتزام

---

(١) وتقرر محكمة النقض بأنه يكفى لقيام الخطأ فى المسئولية العقدية ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد ، ولا ترفع عنه المسئولية إلا إذا قام هو بإثبات ان عدم التنفيذ يرجع الى قوة قاهرة أو بسبب أجنبى أو بخطأ المتعاقد . نقض ١٩٧٠/١١/٢٤ س ٢١ ص ١١٤٨ .

بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصًا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً . ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء » [1].

وعلى هذا يستطيع المشترى - فى حالة عدم قيام البائع باصلاح الخلل فى المبيع - القيام بذلك الاصلاح على نفقة هذا الأخير بعد الحصول على ترخيص من القضاء . ويمكن الاستغناء عن هذا الترخيص فى حالة الاستعجال ، كما هو الحال بالنسبة للأجهزة الطبية فى العيادات والمستشفيات.

تثور الصعوبة فى حالة تعلق الأمر بجهاز أو آلة يحتكر المنتج إنتاجها ويصبح بالتالى هو الوحيد القادر على تفهمها وتزويدها بقطع الغيار اللازمة . إن تنفيذ الالتزام عيناً (إصلاح المبيع) يكون غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به البائع أو المنتج بنفسه . لذا يجوز للمشترى أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك .

وقد يكون الخلل جسيمًا على نحو يؤثر فى صلاحية الجهاز بأكمله ويصعب معه إعادة إصلاحه على النحو المرجو. هنا لا مفر من استبدال الجهاز ككل حتى يفى المدين بالتزامه بالضمان . ولا يمكن الاحتجاج بالشرط الذى يرد أحياناً فى قسيمة الضمان ليحرم المشترى من حق تغيير المبيع فى جميع الأحوال ، حيث ينبغى فهم هذا الشرط على أنه يمتنع استبدال الجهاز إذا أمكن اصلاحه وإعادته الى حالته المعتادة ، والقول بغير ذلك يعد منافياً لروح الضمان وما ألزم به المدين نفسه فى العقد .

وإذا لم يتم اصلاح الخلل أو استبدال الجهاز ككل يحق للمشترى طلب الفسخ والتعويض ، طبقًا للقواعد العامة ، عن كل الأضرار المادية والجسمانية التى يتسبب فيها الخلل بالشىء المبيع ، أى بصفة عامة تعويض المشترى عما

---

(1) م ٢٠٩ .

لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب فى هذا الصدد . ويندرج تحت ذلك بصفة خاصة ضرر عدم الاستفادة من المبيع طوال فترة الاصلاح الذى قد يتكرر أكثر من مرة . ويبدو هذا واضحًا فى حالة المبيع المعد للاستغلال التجارى أو المهنى كآلات المصنع أو السيارة الأجرة أو الأجهزة الطبية . ولا شك أن مبدأ استحقاق التعويض أو مداه يتوقف على عدة عوامل منها : حسن أو سوء نية البائع ، وجود اتفاق مشدد أو مخفف للضمان كتضمن وثيقة الضمان ، شرطًا يقضى بحرمان المشترى من طلب أى تعويض .

(هـ) دعوى الضمان :

إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى هذا المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان . كل هذا ما لم يتفق على غيره .

حدد المشرع مدة رفع دعوى الضمان الاتفاقى بستة أشهر من تاريخ الاخطار بوجود الخلل . ويجوز رفع الدعوى مباشرة ، وتعتبر صحيفتها إخطاراً كافياً ، ولكن المشترى يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه.

ويختلف هذا الحكم عن المدة المقررة لرفع دعوى الضمان القانونى ، حيث تسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك . ولا يمكن قبول دعوى الضمان إلا إذا أبلغ المشترى البائع بالعيب إثر اكتشافه خلال المدة المعقولة (١) .

وتختلف الدعويان من حيث الطبيعة . فمدة رفع دعوى الضمان القانونى تعد مدة تقادم ، لذا فهى تقبل الوقف والانقطاع طبقًا للقواعد العامة . والأصل أنه لا يجوز الاتفاق على تعديلها ، إلا أن المشرع أجاز إطالتها

---

(١) السنهورى ص ٦٥٢ .

بالاتفاق . ويقتصر هذا الحكم الاستثنائى على نطاقه . ولا يجوز الاتفاق على إنقاصها أو إطالتها بما يزيد عن خمسة عشر عاماً من وقت البيع . أما مدة رفع دعوى الضمان الاتفاقى فهى مدة سقوط لا تقبل الوقف أو الانقطاع[1]، ويجوز الاتفاق على إطالتها أو تقصيرها .

الأصل أنه لا بد من رفع دعوى الضمان القانونى خلال المدة المحددة . ولا يكفى اكتشاف العيب خلال تلك المدة ثم ترفع الدعوى بعد ذلك . هذا ما لم يتفق على إطالة المدة أو إذا ثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه ، حيث تتحدد مدة التقادم ، وفقاً للقواعد العامة بخمس عشرة سنة من وقت البيع .

---

(١) النص فى المادة ٤٥٥ من القانون المدنى عل « إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى المبيع ، فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة أشهر من هذا الاخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » ومؤدى هذا النص أن البائع يضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معينة يكون فيها مسئولاً عن الضمان وعلى المشترى أن يخطره بالخلل فى المبيع فى مدة شهر من ظهوره ويرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الاخطار وإلا سقط الضمان وهذه المواعيد ليست مواعيد تقادم بل مواعيد سقوط يجوز الاتفاق على ما يخالفها بالاطالة أو تقصيرها كما ورد صراحة فى عجز النص لأن أحكامه ليست من النظام العام .

لما كان ذلك ، وكان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضده الأول قد تسلم السيارة محل النزاع المتعاقد عليها من فرع الشركة المنتجة فى ١٩٩١/٥/١٢ مشفوعة بشهادة الضمان والخدمة والمتضمنة التزام الشركة لمشترى السيارة أن تكون كل قطعة من منتجاتها فى ظروف الاستعمال والخدمة العادية خالية من العيوب سواء فى الخامات أو الصناعة ويسرى هذا الضمان إلى أن تتم قيادة المنتجات أو استعمالها أو تشغيلها لمسافة ستة آلاف كيلومتراً ولمدة ستة أشهر من تاريخ التسليم أيهما أسبق . وقد أخطر المطعون ضده الأول الشركة بالعيب الذى ظهر فى محرك السيارة فى ١٩٩١/١٠/٣٠ ورفع الدعوى بالمطالبة بالتعويض فى ١٩٩٢/١١/٥ أى بعد أكثر من سنة من تاريخ الاخطار بما يخالف مدة الضمان المتفق عليها من الطرفين ويسقط حق المطعون ضده الأول فى دعوى الضمان عملاً بنص المادة ٤٥٥ آنفة الذكر ويكون الحكم المطعون فيه برفض الدفع بسقوط حق المطعون ضده الأول فى الضمان بالتقادم قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يعيبه ويوجب نقضه . (الطعن رقم ١٠٩٠٩ س٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/٥/١٣) .

أما بالنسبة لدعوى الضمان الاتفاقى فإن ظهور الخلل خلال فترة الضمان يكفى لنشوء حق المشترى فى المطالبة بالضمان حتى ولو رفع الدعوى بعد انقضاء الفترة المتفق عليها . إلا أنه يلزم التقيّد بالمواعيد السابقة لرفعها . ونرى تطبيق نفس الحكم السابق المنصوص عليه فى دعوى الضمان القانونى فى حالة ثبوت سوء نية البائع أو غشه فذلك مبدأ عام ينبغى إعماله فى جميع الحالات . ومن ثم فإن دعوى ضمان صلاحية المبيع يمكن أن ترفع - فى حالة ثبوت سوء نية البائع أو غشه - بعد فوات مدة الضمان ، وتتقادم بخمس عشرة سنة من وقت البيع .

ويجدر الاشارة أخيراً الى أنه إذا تحقق الضمان فإن للمشترى الرجوع على البائع بجميع مصروفات دعوى الضمان ، إذا كان قد اضطر الى رفعها بعد أن أخطر البائع بالعيب ولم يسلم به هذا الأخير .

الفرع الثالث

أثر حسن النية فى إعمال ضمان صلاحية المبيع للعمل

لا يؤثر حسن أو سوء نية المشترى على إعمال الضمان . فالبائع يلتزم بضمان الخلل فى المبيع خلال المدة المتفق عليها حتى ولو كان المشترى يعلمه وقت البيع أو كان فى إمكانه أن يتبيّنه بنفسه بفحص الرجل العادى .

يختلف الأمر بالنسبة للبائع حيث يؤثر سوء نيته فى أحكام الضمان ومضمونه .

(أ) مدلول سوء نية البائع :

تقضى القواعد العامة بافتراض حسن النية وعلى من يدعى العكس عبء اثبات ذلك . ومن ثم فالأصل أن البائع حسن النية . ويقع على المشترى عبء اثبات سوء نيته أى علمه بعيوب المبيع وتعمده إخفائها غشًا منه .

وإخفاء العيب قد يتم بعمل مادى كاستخدام الطلاء فى إخفاء اصلاحات أو أجزاء معيبة فى السيارة أو بكتمانه رغم علمه بأن مثل هذا العيب يفوت على المشترى المقصود من التعاقد . ان سوء نية البائع لا يثبت بمجرد علمه بالعيب بل ينبغى تعمد إخفائه له بعمل مادى أو بالكتمان .

والأصل أن البائع حسن النية لا يعلم بالعيب ويقع على المشترى عبء اثبات العكس بكافة طرق الاثبات . ويذهب القضاء الفرنسى الى افتراض العلم بالعيب فى جانب البائع المهنى منتجاً كان أم موزعاً للسلعة . وهو لا يستطيع أن يحتج بجهله بالعيب الموجود بالشىء المبيع فهو إما منتجاً له أو بائعاً محترفاً تتوافر لديه الامكانيات الفنية العالية التى تمكنه من معرفة عيوبه . وافتراض العلم بالعيب وعدم تلافيه أو عدم إعلام المشترى به رغم العلم بأنه يفوّت عليه الغرض من المبيع يعد بمثابة خطأ جسيم أو سوء النية الذى يعادل الغش فيما يرتبه من آثار قانونية .

والقضاء لا يفترض سوء نية البائع . فحسن النية مفترض ولا يجوز استبعاد هذه القرينة دون سند قانونى ، ولكنه يفترض العلم بالعيب ويرتب سوء النية كنتيجة لذلك العلم . استقرت محكمة النقض الفرنسية على أن افتراض العلم يعد قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس سواء من قبل المنتج أو البائع بعد أن كانت نفس المحكمة تجعل من علم البائع قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس، وذلك كأن لا تسمح طبيعة العيب باكتشافه من قبل الشخص العادى الذى ينتمى الى صاحب مهنة مماثلة من نفس درجة تخصصه الفنى[1] .

إن المبادئ التى استقر القضاء الفرنسى – وإن كانت لم تظهر بعد فى قضاء محكمتنا العليا – لا تخرج فى رأينا عن القواعد الواردة بالقانون المدنى بل تعد تطبيقاً لها . إن تنفيذ العقد طبقاً لما يشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يلزم البائع بتسليم المشترى مبيعاً سليماً خالٍ من العيوب

---

(١) Cass. Civ. 12 Jan. 2000, d. 2000, 46.

التى تفوّت عليه الغرض من شرائه . أضف الى ذلك أن اخفاء العيب بالمبيع وعدم إخطار المشترى به يعد من قبيل التدليس تطبيقًا للمادة ١٢٥ . أما عن افتراض العلم فهو أمر يستشف من نص المادة ٤٤٧ /١ التى تقضى بالتزام البائع بضمان العيب ولو لم يكن عالمًا بوجوده .

(ب) أثر سوء نية البائع :

يؤثر سوء نية البائع على الجانب الاجرائى للضمان ، وكذلك الحال بالنسبة لمضمونه :

١- يستطيع المشترى الرجوع بضمان صلاحية المبيع دون التقيّد بمواعيد الاخطار ورفع الدعوى إذا أثبت سوء نية البائع ، ويبدو ذلك واضحاً فى حالة تعمد اخفاء الخلل فى المبيع على نحو يؤخر ظهوره الى ما بعد فوات فترة الضمان . فالغش يفسد كل شيء ولا مجال لإعفاء المدين سيء النية من المسئولية من خلال تمسكه بالمواعيد . بل ينبغى حماية الدائن فى هذه الحالة بإعفائه من التقيّد بالمواعيد الخاصة بسقوط دعواه . ويبدو المثل البارز والغالب لسوء نية البائع الملتزم بضمان صلاحية المبيع فى حالة مماطلته وتسويفه فى عملية الاصلاح الى أن تمر فترة الضمان أو أن يقوم باصلاح المبيع بطريقة غير جادة تكفل انتظامه فى العمل المدة الوجيزة المتبقية من الضمان .

٢- إن شرط الاعفاء من المسئولية عن تعويض الأضرار الناجمة من الخلل فى المبيع يكون باطلاً فى حالة سوء نية البائع وذلك إعمالاً للمبدأ الذى قرره المشرع حيث نص على بطلان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشًا منه [1] . وعلى هذا يلتزم البائع الى جانب القيام باصلاح الخلل فى المبيع بتعويض المشترى عن كل الأضرار التى تصيبه من جراء ذلك ، كتلك التى تنجم عن تعطل المبيع والحرمان من استعماله طوال فترة الاصلاح ، مثال ذلك معدات البناء . هذا

---

(١) م ٤٥٣ .

بالاضافة الى تعويض المشترى أو ورثته عن كل ضرر يصيبه فى نفسه أو جسده أو ماله بسبب الخلل وما يلتزم به من تعويضات تجاه الغير الذى يمكن أن يكون ضحية حادث بالشىء المبيع ناتج عن الخلل به .

٣- يجوز الاتفاق على تشديد أحكام ضمان صلاحية المبيع للعمل ، وذلك كإطالة مدة الضمان أو كالنص فى وثيقة الضمان على الالتزام بإصلاح الخلل الناجم عن سوء الاستخدام . ويتصور أيضًا الاتفاق على التخفيف من تلك الأحكام ، كالنص فى الوثيقة على عدم تحمل البائع أجرة العمالة أو ثمن قطع الغيار اللازمة لاصلاح المبيع ، أو كالنص على عدم التزام البائع بأية تعويضات قبل المشترى بسبب الشىء المبيع . وقد يرد التخفيف من خلال التشديد فى التزامات المشترى ، كتحمل هذا الأخير لأجرة نقل المبيع لمركز الخدمة أو كالتزامه بالكف عن استعمال السلعة عقب ظهور الخلل وعدم المساس بها والابلاغ عنه خلال مدة معيّنة .

لا شك فى صحة الشروط المخففة لأحكام ضمان صلاحية المبيع للعمل نظراً للطبيعة الاتفاقية لهذا الضمان . فهو ضمان اضافى للضمان القانونى ومن ثم يخضع للزيادة والنقصان حسب ارادة الأطراف . وهذا ما تعبّر عنه صراحة المادة ٤٤٥ بنصها « ... كل هذا ما لم يتفق على غيره » . ولكن ما مدى صحة ذلك القول فى حالة سوء نية البائع ؟ هل يطبق حكم المادة ٤٥٣ القائل ببطلان كل شرط ينقص الضمان إذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب فى المبيع غشاً منه ؟

يمكن القول بعدم انطباق المادة المذكورة ولا يؤثر بالتالى سوء نية البائع على صحة الشروط الواردة بضمان صلاحية المبيع ، لأن المادة سالفة الذكر خاصة بالضمان القانونى ، وتواجه فرض اخفاء البائع للعيب غشاً منه . وهذا الضمان يكفله القانون للمشترى ولا يمكن للبائع سىء النية التخلص منه أو التخفيف من حكمه . أما الضمان الاتفاقى فهو تكميلى لا يوجد أصلاً إلا بإرادة الأفراد . وهذه الارادة هى التى تحدد أحكامه ونطاقه . إذ هو وليد تلك الإرادة ، ومن ثم لا تتأثر الأحكام الواردة به بسوء نية البائع .

إلا أننا نرى أن مبدأ « الغش يفسد كل شيء » عام التطبيق. ولا يمكن للمدين سيء النية أن يتحلل من التزامه بغشه . فالبائع الذى يلتزم بضمان صلاحية المبيع ينبغى ألا يفقد هذا الضمان مضمونه بسوء نيته تطبيقًا لمبدأ وجوب تنفيذ العقد طبقًا لما يشتمل عليه . وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية [1] .

مثال ذلك الشرط الوارد فى وثيقة الضمان بعدم ضمان الخلل الناجم عن مخالفة التعليمات الخاصة باستعمال المبيع مع ملاحظة تعقد التعليمات المذكورة على نحو يخرجها عن المألوف ومتناول الشخص المعتاد . مثل هذا الشرط ينبغى أن يكون باطلاً لاتسامه بالتعسف المبنى على سوء النية . كأن يلتزم البائع فى الوثيقة باصلاح الخلل خلال فترة الضمان مع عدم تحمله لثمن قطع الغيار اللازمة . ينبغى الزام البائع بقطع الغيار أيضًا إذا ثبت سوء نيته ، كأن يكون على علم بالخلل وتكرار توقيت وقوعه على نحوٍ يتيح له فرصة بيع قطع الغيار المخزونة لديه . ومن الشروط الدارجة والذى تعرضنا له من قبل ، شرط عدم التزام البائع بأية تعويضات تجاه المشترى . ولا شك فى بطلان مثل هذا الشرط فى حالة سوء نية البائع .

ونذكر بأن سوء النية قد يتمثل فى الغش ، وقد يتمثل فى علم البائع بالخلل مع كتمانه رغم علمه بأنه يفوّت على المشترى الغاية من الشراء . والبائع بوصفه مهنيًا ينبغى أن يكون عالما بالمبيع سواء كان منتجًا أم موزعًا . ويقع عليه عبء اعلام المشترى وتبصيره بطبيعة الشيء وعيوبه وإلا كان سيء النية .

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسى أقر ما سار عليه القضاء فى هذا الصدد ، ونص على بطلان الشروط التعسفية التى ترد فى العقد المبرم بين المهنى والمستهلك ، والتى يفرضها الأول على الثانى بمقتضى قوته الاقتصادية

---

(١) م ١/١٤٨ .

ليحصل بمقتضاها على مزايا مبالغ فيها [1].

وتدخل الشروط المتعلقة بنطاق الضمان فى إعداد تلك الشروط . وقد عرّف المشرع الشرط التعسفى بأنه « الشرط الذى يتمثل مضمونه فى إسقاط أو إنقاص حق المستهلك أو غير المهنى فى التعويض تجاه المهنى الذى يخل بأى التزام من التزاماته » . وقد ورد الحكم المذكور فى قانون« إعلام وحماية المستهلك » لذا فهو قاصر على العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين ، أما إن كان المشترى مهنيًا هو الآخر من نفس التخصص فلا يسرى النص وتطبق القواعد العامة حيث يتمتع كل طرف بالامكانيات الفنية العالية التى تمكنه من الالمام بالمبيع والدخول فى علاقة عقدية متوازية .

الفرع الرابع
هل يضيف ضمان صلاحية المبيع للعمل جديداً للقواعد العامة ؟

يرد ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة فى عقود بيع الأجهزة والآلات التى تبرم بين المنتج والموزع والمستهلك . يقّدم الضمان كميزة استثنائية للمشترى ومن ثم يعد وسيلة هامة من وسائل الدعاية التجارية . وقد درج الفقه على اعتبار هذا الضمان من قبيل الزيادة فى الضمان القانونى أو التشديد فى أحكامه .

إن تأمل هذا الضمان يؤكد لنا فى الحقيقة أنه لا يضيف جديداً للضمان القانونى أو للقواعد العامة الواردة بالقانون المدنى . فهو ترديد لتلك الأحكام التى يجهل المستهلك – غالباً – وجودها ، ومن ثم فإنه يأخذ الضمان المذكور على أنه ميزة اضافية فى عقد البيع . والحقيقة أن ضمان صلاحية

(١) J. Calais- Auby, Droit de la Consommation, Dalloz, 2003, P. 253.

المبيع – وإن قدم للمشترى ميزة وحيدة– تتمثل فى نقل عبء الاثبات لصالح المستهلك وتسهيل رجوعه بالضمان ، إلا أنه بالمقابل – يحدد مسئولية البائع فى مواجهته ويحصرها فى أضيق نطاق من خلال الشروط التى ترد فى وثيقة الضمان ، مما حدا بالمشرع الفرنسى التدخل بقانون لحماية المستهلكين ونصه على بطلان الشروط التعسفية أو تلك التى تنقص أو تسقط من أحكام الضمان القانونى .

إن ضمان صلاحية المبيع للعمل يتضمن تحديداً للالتزام المذكور من حيث الزمان والمضمون . فغالبًا ما يقتصر الضمان على مدة ستة أشهر أو سنة وهى مدة الأمان التى نادراً ما تتاح الفرصة فيها لظهور عيوب الصناعة . ويحرص المنتج من جهة ثانية على أن يستبعد من نطاق الضمان كل خلل يخرج عن عيوب الصناعة ، حتى لو كان الخلل راجعًا الى الاهمال اليسير للمستهلك فى استعمال المبيع أو فى اتباع التعليمات والارشادات ، التى غالبًا ما تبلغ من الدقة والتفصيل درجة تجاوز متناول الفرد العادى . أضف الى ذلك نص الضمان على اعفاء المنتج من المسئولية عن أية تعويضات لتغطية الأضرار الناجمة عن الخلل بالمبيع .

إن تحديد الالتزام بالضمان على هذا النحو يفقده الكثير من مضمونه وفعاليته مع أنه يقدم كميزة اضافية يدفع المستهلك مقابها ضمن ثمن المبيع ، لذا رفض القضاء الفرنسى إعمال هذا التحديد على إطلاقه وأيده المشرع بنصه على إبطال هذا التحديد .

ينحصر ضمان الصلاحية فى التزام المنتج باصلاح الخلل الناجم عن عيوب الصناعة . ولا شك أن هذا الالتزام تقضى به القواعد العامة دون حاجة الى نص أو اتفاق . بل إن هذه القواعد تسمح بالوصول الى نتائج أفضل إذا طور القضاء تطبيقها على نحوٍ يتفق مع النظام الجديد للانتاج والتوزيع، وبطريقة تحقق التوازن بين الأطراف والانسجام بين المصالح.

فالزام البائع باصلاح المبيع يمكن أن يستمد أساسه من المادة ١/١٤٨ التى تقضى بوجوب تنفيذ العقد طبقًا لما يشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما

يوجبه حسن النية ، حيث أن تنفيذ عقد البيع على هذا النحو يوجب على البائع تسليم مبيع صالح للاستعمال الذى بيع من أجله [1] .

ان تسليم مبيع به خلل يعد مخالفة للقاعدة القانونية العامة التى تقضى بعدم جواز الغش . فالبائع المهنى يفترض فيه العلم بعيوب الشيء المبيع ، ويعتبر سكوته عن الافصاح عن العيب أو الخلل من قبيل الغش الذى يخوّل المشترى الحق فى طلب ابطال العقد أو التعويض حسب جسامة العيب، ويمكن أن يتمثل التعويض فى الزام البائع باصلاح الشيء المبيع .

وأخيراً يمكن القول بأن الزام البائع باصلاح الشيء المعيب يعد تنفيذاً للالتزام الواقع على عاتقه بضمان سلامة المبيع . فلا شك أنه ينبغى على البائع المهنى العلم بعيوب المبيع وتلافيها على النحو الذى يحقق الأمان للمشترى عند استعماله .

مما سبق يتضح لنا أن ضمان صلاحية المبيع للعمل لا يخرج عن كونه تطبيقاً للقواعد العامة ، ومن ثم فهو لا يقدم ميزة اضافية للمشترى إلا فيما يتعلق بعبء الاثبات . فمجرد حدوث الخلل فى المبيع خلال فترة الضمان يعد سبباً كافياً لالتزام البائع بالضمان وإصلاح المبيع . ولا يستطيع البائع التخلص من هذا الالتزام إلا باثبات السبب الأجنبى .

ولا شك أن ضمان صلاحية المبيع يتميّز عن القواعد العامة فى ضمان العيوب الخفية التى لم تعد تسعف فى تقرير حماية فعالة للمستهلك أو المشترى للأجهزة والآلات الحديثة ، حيث يصعب إعمال هذه القواعد من خلال اثبات شروط العيب الخفى « كونه قديماً ومؤثراً ومجهولاً » . فغالباً ما يتعذر على المشترى – أمام الطبيعة المعقدة للشيء المبيع – اثبات طبيعة الخلل ومعرفة أسبابه . فضمان الصلاحية يقيم قرينة بسيطة لصالح المشترى على

---

(١) وتقرر محكمة النقض بأن المبيع ينتقل الى المشترى بالحالة التى حددها الطرفان فى عقد البيع . نقض ١٩٧٠/١/١٥ س٢١ ص ١١٢ .

أن الخلل راجع الى وجود عيب فى صناعة المبيـع ، ومن ثم يقع على البائع عبء إصلاحه.

الفـرع الخامس
المسئولية العقدية عن فيروس الحاسب

إن أجهزة وبرامج الحاسب تكون محلاً للتعاقد بين المنتج أو الموزع والبائع من جهة والمستخدم أو العميل من جهة أخرى ، ورأينا أن العقد يأخذ صوراً عدة أهمها البيع والإيجار والمقاولة . يلقى هذا العقد على عاتق منتج البرنامج أو بائعه (والمؤجر والمقاول) التزامًا بالضمان وحسن النية فى تنفيذ العقد ، وإذا كان مهنيًا فإنه يقع عليه بالإضافة إلى ذلك الالتزام بالسلامة والالتزام بالإعلام .

فإذا تبين أن الأجهزة أو البرامج مصابة بالفيروس كان للعميل حق الرجوع على من حصل منه على البرنامج (البائع أو الموزع أو المؤجر أو المقاول) أو على المنتج أو كلاهما معًا طبقًا لأحكام المسئولية العقدية ، استناداً لإخلاله بأحد التزاماته السابقة النابعة من العقد . ونعرض لذلك على التوالى :

(أ) فيروس الحاسب والإلتزام بضمان عدم التعرض :

يقوم البائع المهنى[١]، أحياناً ، بزراعة الفيروس فى البرنامج أو الأجهزة المبيعة ، سواء قبل التسليم أو أثناء الصيانة أو عن بعد عن طريق جهاز المودوم أو كلمة المرور ، ويظل ساكناً فى مكان معين إلى أن يتلقى الأمر بالنشاط أو عند حلول ميعاد محدد . وقد يقوم البائع بإفشاء كلمة مرور العميل لشخص آخر منافس له أو له مصلحة فى الإضرار بالبرنامج ، ويتم ذلك عند عدم وفاء

---

(١) نستخدم لفظ البائع مجازاً للتعبير عن كل الفروض الأخرى من منتج أو موزع أو بائع أو مؤجر أو مقاول .

العميل بما تبقى عليه من مستحقات أو عند مخالفته الالتزام بعدم النسخ أو عدم إفشاء السر للآخرين أو السماح لهم بالإطلاع عليه ، فهل يعد ذلك من قبيل التعرض غير المشروع .

لا شك أننا أمام صورة حديثة للتعرض لا تأخذ الشكل المادى الملموس ، بل تتم من خلال كيان معنوى هو ڤيروس الحاسب ، ومن شأنه أن يحول بالتأكيد دون إنتفاع العميل ، كلياً أو جزئياً ، بالبرنامج أو الجهاز ، ومن ثم فإنه يرتب مسئولية البائع العقدية وإلتزامه بالتعويض العينى والنقدى عن الأضرار الناجمة عن تعرضه .

ولا يجدى البائع القول بأن فعله يستند إلى حقه فى الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ لأن ذلك الحق يقتضى وجود شىء فى حيازة الحابس أو إلتزام يتعين عليه أداؤه فيمتنع عن ذلك حتى ينفذ الطرف الآخر إلتزامه ، وهو أمر غير متوافر فى حالتنا . ومن ثم فإن سلوكه غير مشروع لأنه يحاول أن يقتضى حقه بنفسه ، ولا يجديه الاستناد إلى وجود شرط فى العقد بعدم ضمان تعرضه للعميل بالڤيروس ، لبطلان مثل هذا الشرط[1] . أضف إلى ذلك أن استخدام الڤيروس يعرض العميل لمخاطر كبيرة وأضرار فائقة تتجاوز بكثير أحقية البائع فى الحصول على حقه .

إلا أنه يجوز للبائع ، قياساً على شرط الاحتفاظ بالملكية[2] ، أن يحتفظ لنفسه بحق حبس البرنامج عن العميل ، المتقاعس عن الوفاء بإلتزاماته، بوسيلة فنية مضمونة ، ولو كان ذلك من خلال الڤيروس بشرط ألا يسبب أضراراً أخرى له ، وأن ينص على ذلك صراحة فى العقد [3].

---

(١) م ١/٤٤٦ مدنى حيث تقضى ببطلان شرط عدم الضمان بالنسبة للتعرض الشخصى .

(٢) أنظر مؤلفنا فى شرط الاحتفاظ بالملكية ، الاسكندرية ٢٠٠٢ . مع ملاحظة أن البيع لا ينقل ملكية البرنامج كمضمون للمشترى .

(٣) عزة محمود أحمد خليل ، مشكلات المسئولية المدنية فى مواجهة ڤيروس الحاسب ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ١٩٩٤ ، ص ٧٦ .

(ب) ڤيروس الحاسب والإلتزام بضمان العيب :

يرتب عقد البيع على عاتق البائع التزامًا بخلو المبيع من العيوب الخفية التى تنتقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المرجوة منه ، هذا بالاضافة إلى توافر الصفات التى كفل البائع توافرها فى المبيع للمشترى . ويشترط فى العيب الموجب للضمان أن يكون خفياً لا يعلمه المشترى ، وقديماً ومؤثراً .

ولا شك أن ڤيروس الحاسب يعتبر عيبًا خفيًا يصعب الكشف عنه بالفحص المعتاد ، ويسرى الضمان على العيب الخفى الموجود فى المبيع قبل تسلمه ، وإن لم يطرأ عليه إلا بعد البيع ، أما العييب الطارئ على المبيع بعد التسليم فلا يضمنه البائع . وينطبق ذلك على الڤيروس الذى يلحق البرنامج أثناء الإنتاج والتسويق أى قبل التسليم ، حتى ولو لم يظهر نشاطه وتأثيره إلا فى فترة لاحقة . ومن المؤكد أن الڤيروس يعتبر عيباً مؤثراً نظراً لآثاره المعدية والمدمرة ، بحيث لو علم المشترى بوجوده لم يكن ليقدم على التعاقد .

ويستفيد من هذا الضمان المشترى وخلفه العام والخاص فى مواجهة البائع والبائعين السابقين (المنتج والموزع العام والموزع الجزئى وهكذا) .

ويترتب على الضمان أنه إذا كان العيب جسيماً يكون المشترى بالخيار بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع التعويض عن العيب طبقًا لما تقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشترى عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب . وإذا لم يكن العيب جسيماً ، فلا يكون للمشترى إلا التعويض . هذا بالإضافة إلى حق المشترى الثابت ، طبقًا للقواعد العامة فى طلب الفسخ أو التنفيذ العينى . فللمشترى أن يطلب إصلاح المبيع أو استبداله كلياً أو جزئيًا متى كان ذلك ممكناً .

(ج) ڤيروس الحاسب وضمان صلاحية المبيع للعمل :

إن ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة يعد التزامًا اتفاقياً بالضمان يحدد نطاقه ومعالمه التصرف القانونى المنشئ له ، إنه ضمان إضافى لا ينشأ إلا بالنص عليه صراحة ، فهو ذى طبيعة إتفاقية محضة سواء فى نشأته أو فى مضمونه .

ويجرى العمل على إعطاء المشترى أو المستخدم شهادة ضمان صلاحية البرنامج أو الجهاز وخلوه من الفيروس مدة معينة . وتستغل شركات الإنتاج والتوزيع قلق العملاء إزاء الفيروسات ، وتقدم لهم هذا الضمان كميزة إستثنائية ، على سبيل الدعاية التى تغرى بشراء السلعة ، علماً بأنه يدفع مقابل هذه الميزة ضمن الثمن المتفق عليه . وتتضمن قسيمة الضمان شروطاً مطبوعة ومعدة سلفاً . وأمام الطبيعة الإتفاقية والإستثنائية لضمان الصلاحية للعمل يقع عبء إثباته على من يتمسك به.

ويبدأ سريان فترة الضمان عادة من وقت البيع أو التسليم . ويلتزم البائع بالضمان بمجرد اكتشاف الفيروس قبل نهاية فترة الضمان، أو بعد ذلك طالما ثبت وجوده من قبل . ويقع عبء إثبات بداية الفيروس على عاتق المشترى . إن مجرد حدوث الخلل أثناء فترة الضمان يعد قرينة على أن هذا الخلل مرتبط بعيب فى صناعة البرنامج أو الجهاز أو تصميمه أو مادته . ويتعلق الأمر بقرينة بسيطة يستطيع البائع إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، حيث يقيم الدليل على أن الخلل راجع إلى سبب أجنبى ، كخطأ المشترى فى عدم اتباع التعليمات أو خطأ الغير أو القوة القاهرة .

يترتب على الضمان التزام المنتج بإصلاح الخلل واستبدال الأجزاء المعيبة بأجزاء جديدة سليمة وإعادة الجهاز أو البرنامج لأداء وظيفته المألوفة ، وهو التزام تعاقدى بتحقيق نتيجة ولا يتم تنفيذ الالتزام بمجرد تحقق الإصلاح أو القضاء على الفيروس ، بل ينبغى أن يتم ذلك على النحو المعتاد والذى يتفق مع جسامة الخلل وطبيعة الجهاز والاستعمال المرجو منه كيفاً وكماً ، وبصفة خاصة مع عمره الافتراضى ، فلا يعد وفاءً بالالتزام بالضمان إصلاح الجهاز أو البرنامج على نحو يكفل استمراره بقية مدة الضمان ليظهر العيب أو الخلل بعد ذلك ، بل يلزم إنجاز ذلك بالطريقة التى تتفق مع مشتملات العقد وما يوجبه حسن النية .

وقد يكون الخلل جسيماً على نحو يؤثر فى صلاحية الجهاز أو البرنامج بأكمله ويصعب معه إعادة إصلاحه على النحو المرجو ، هنا لا مفر من استبدال الجهاز ككل حتى يفى المدين بالتزامه بالضمان ، وإلا كان للعميل

حق طلب الفسخ والتعويض ، طبقًا للقواعد العامة ، عن كل الأضرار المادية والأدبية التى لحقته فى هذا الصدد .

ويكشف الواقع العملى عن أن هذا الضمان ، المقدم كميزة للعميل ، يتم استغلاله لتحديد مسئولية البائع أو المنتج ويحصرها فى أضيق نطاق من خلال الشروط التى ترد فى وثيقة الضمان . فغالبًا ما يقتصر الضمان على مدة الأمان التى نادرًا ما تتاح فيها الفرصة لظهور العيب أو الفيروس . ويحرص المنتج على استبعاد الخلل الراجع إلى الإهمال اليسير للعميل فى الاستعمال أو اتباع التعليمات والإرشادات . لذا رفض القضاء الأوروبى إعمال هذا التحديد على إطلاقه وأيده المشرع بنصه على بطلانه والتدخل بقانون حماية المستهلك وإبطال الشروط التعسفية أو تلك التى تنقص أو تسقط من أحكام الضمان ، كما سنرى .

(د) فيروس الحاسب ومسئولية المهنى :

تتجه النظم القانونية المعاصرةإلى حماية المستهلك فى مواجهة المهنى ، أيًا كانت صفته : منتج ، بائع ، موزع ، مؤجر ، مقاول ... ، من خلال تشديد المسئولية من جهة وزيادة التزاماته من جهة أخرى [(١)] :

١ -اتجه القضاء الفرنسى ، وأيده المشرع استجابة للتوجيه الأوروبى ، إلى التشدد مع كل من المنتج والبائع فى ضرورة توافر عامل الأمان ، ذلك أن الاحتراف أو الخبرة يستوجب العلم بالشئ أو السلعة التى يتعين أن تكون سليمة ومأمونة خالية من العيوب . وتتسم المسئولية هنا بالطابع الموضوعى ، حيث أن أجهزة وبرامج الحاسب المعيبة أو المصابة يمكن أن ترتب مخاطر جسيمة للإنسان والأموال فى المجال الطبى والنقل وسائر المعاملات .

٢- يلتزم المهنى بتبصير العميل بكافة المعلومات الضرورية المتعلقة بالسلعة

---

(١) وذلك فى التشريعات الأوروبية بصفة عامة والفرنسى بصفة خاصة ، وهو موضوع دراستنا فى تلك الحالة .

أو الخدمة، وكذلك الاحتياطيات والتدابير التى يتعين مراعاتها لتجنب أية مخاطر عند الاستعمال أو الحيازة أو التعامل . وهذا ما يسمى بالالتزام بالإعلان والتحذير ، الذى يترتب على الإخلال به المسئولية العقدية تجاه العميل ، وتعويضه عن كل ضرر أصابه نتيجة ذلك .

وتبدو أهمية ذلك بالنسبة لأجهزة وبرامج الحاسب ، حيث يتعين التوصيف المستندى لها كدليل للمستخدم يتضح منه طبيعة ونظام ومضمون البرنامج وكيفية التعامل معه وتعليماته والمحاذير الواجب مراعاتها ،والمعلومات العملية اللازمة للتشغيل الجيد .

وأمام الطابع الخاص لأجهزة وبرامج الحاسب ، فإن الالتزام بالتحذير يحتل مكانة هامة ، حيث يتعين تحذير العميل من النسخ ومخاطر التعرض لعدوى الفيروس ووسائل الحماية والوقاية وحظر استخدام برامج معينة ، ويجب أن يتم ذلك بصورة واضحة وكاملة ومفهومة [١].

(هـ) فيروس الحاسب ومبدأ حسن النية فى تنفذ العقد :

إن حسن النية مبدأ عام يهيمن على كل العقود فى كافة مراحلها ونواحيها ، سواء فى مرحلة التفاوض أو الإبرام أو التفسير أو التنفيذ [٢]. وتبدو أهمية هذا المبدأ كملاذ فى مصر والدول التى لم تضع أحكامًا خاصة بمسئولية المهنى فى مواجه المستهلك ، لمواجهة التحديات التقنية الحديثة فى الأشياء والمعاملات .

ومن ثم فإن هذا المبدأ يصلح لتحديد المسئولية عن فيروس الحاسب ، حيث ينبغى أن يكون مقدم البرنامج أميناً مع المتعاقد معه ، فى الحرص على سلامته وخلوه من الفيروس ، سواء فى مرحلة إنتاجه أو تسويقه أو إستعماله . إن حسن النية فى تنفيذ العقد وتفسيره يصلح أيضًا كأساس

(١) أنظر ما سبق ص ٤٠ .

(٢) م ١/١٤٨ مدنى .

للالتزام بالأمان والتبصير والتحذير ، كما عرضنا من قبل ، وعلى ذلك فإن الإخلال بهذا المبدأ يستوجب المسئولية العقدية .

(و) المسئولية التقصيرية عن ڤيروس الحاسب :

تقوم المسئولية التقصيرية عن الڤيروس فى الحالات التى لا يرتبط فيها المضرور بعلاقة عقدية سابقة بالمسئول ، وكذلك إذا كان الفعل الذى ارتكبه المتعاقد يشكل جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً ، والمسئولية عن الڤيروس يمكن أن تكون عن الفعل الشخصى أو عن فعل الغير أو عن فعل الشيئ طبقاً للقواعد العامة .

الفصل الرابع
الالتزام بدفع الثمن ونفقات البيع

نتناول دراسة الثمن فى ثلاثة مباحث : الأول فى التعريف بالثمن وبيـان شـروطه ، الثانى فى التزام المشترى بدفع الثمن ، والثالث فى جزاء الإخلال بالالتزام بدفع الثمن .

المبحث الأول

شــروط الثمــن

الثمن ركن أساسى فى عقد البيع ، وهو مبلغ من النقود يلتزم به المشترى فى نظير حصوله على المبيع ، ويشترط فى الثمن أن يكون نقوداً ، والمقابل النقدى أو نقدية الثمن هى السمة الأساسية التى تميّز عقد البيع عن سائر العقود ، ولا يغنى عن الثمن النقدى شيئًا آخر ولو كان مثليًا كالحبوب والأسهم والسندات أو سبائك من الذهب أو شيء قيمى كسيارة أو قطعة أرض.

فإذا كان المقابل شيئًا من هذه الأشياء ، فإن العقد لا يكون بيعًا بل مقايضة . وإذا تمثل المقابل فى مجرد عمل أو امتناع عن عمل ، فإن العقد يكون عقداً غير مسمى وليس بيعاً . مثال ذلك نقل الحق نظير التزام المشترى بإسكان وإطعام البائع حتى وفاته .

وتؤكد محكمة النقض بأن مناط عقد البيع هو توافر ركن الثمن ، ومن ثم فإنه متى كان الحكم الطعون فيه قد استخلص فى حدود سلطته التقديرية من أقوال الشهود ومن المستندات أن ثمن الأطيان موضوع عقد البيع هو مبلغ ..... وان المطعون ضده أوفى بهذا الثمن كاملاً ورتب على ذلك توافر ركن الثمن فى عقد البيع ، وانتهى الى صحته ونفاذه ، وكان استخلاصه فى هذا المقام سائغاً ، فإن ما تثيره الطاعنة لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً يخرج عن رقابة محكمة النقض [1] .

المهم إذن هو كون العوض مبلغًا من النقود ، حتى نكون بصدد بيع . ولا يهم بعد ذلك طريقة تحديده أو الصورة المتفق عليها للوفاء به.

---

(١) نقض ١٩٧٥/٦/٢٥ س٢٦ ص ١٢٨٧ .

يستوى أن يدفع الثمن مرة واحدة أو على أقساط محددة . بل يجوز أن يكون الثمن النقدى فى صورة ايراد مرتب مدى الحياة ، للبائع أم لشخص آخر .

وإذا اشتمل المقابل فى أحد العقود على عنصرين أحدهما نقدى والآخر غير نقدى ، فإن العقد يتم تكييفه طبقًا للعنصر الغالب . فإذا كانت النقود هى الجزء الأكبر من المقابل يكون العقد بيعًا ، وإلا فهو مقايضة . إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً [1]. إلا أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب وإلا انقلبت المقايضة بيعاً [2] .

ويشترط فى الثمن أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وأن يكون جدياً . وهذا ما سنعرض له فى مطلبين ، ثم نبيّن فى مطلب ثالث الغبن فى بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية .

المطلب الأول
تقدير الثمن

« ١- يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد . ٢- وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب ، عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى ، فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية» .

« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبيّن من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة

---

(١) م ٤٨٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨ .

أو السعـر الذى جـرى عليه التعامـل بينهما» (١) .

الثمن عنصر جوهرى من عناصر عقد البيع ، فهو محل التزام المشترى ، ولا يقوم العقد إلا بتطابق ارادة البائع والمشترى بشأنه . فالثمن يجب أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وذلك بأن يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على تقديره أو على الأسس الكفيلة بهذا التقدير . ولا ينعقد العقد إذا لم يتم تقدير الثمن أو بيان الطريقة التى يتم بها هذا التقدير (٢) ، ولا يقوم البيع إذا ترك تحديد الثمن لإرادة أحد المتعاقدين أو أرجأ المتعاقدان تحديده الى اتفاق لاحق.

ويكفى لقابلية الثمن للتقدير أن تكون الأسس المتفق عليها لتحديده على درجة من الوضوح الذى يسمح بتحديده بطريقة قاطعة(٣) . فلا يجوز تحديد الثمن بأنه ذلك الذى يحدده شخص غير معيّن ، أو بأنه الثمن العادل لأن تلك الأسس غير واضحة . إلا أنه يجوز الاتفاق على أن يكون الثمن مقدراً على أساس سعر التكلفة أو الثمن الذى اشترى به البائع مضافًا

---

(١) م ٤٢٣ ، ٤٢٤ .

(٢) وينبغى الاشارة فى هذا الصدد الى القيود التى ترد على حرية المتعاقدين فى تحديد الثمن سواء تعلق الأمر بالتسعيرة الجبرية ، أو بطلان شرط الدفع بالذهب .
« الثمن ركن أساسى فى عقد البيع . م ٤١٨ مدنى . تحديده فى العقد بالعملة المصرية ثم الوفاء به بالنقد الأجنبى . أثره . لا بطلان . علة ذلك . اعتبار هذا الوفاء عملاً قانونياً تالياً لانعقاد العقد » .
– نقض ١٩٨٦/١١/٢٧ طعن ٩٤٨ س٥٣ق .
متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص فى حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود الطرفين ومن المستندات التي كانت بين يديه أن ثمن الأطيان موضوع عقد البيع هو مبلغ ..، ... وأن المطعون ضده أوفى بهذا الثمن كاملاً ورتب على ذلك توافر ركن الثمن فى عقد البيع ، وانتهى الى صحته ونفاذه ، وكان استخلاصه فى هذا المقام سائغاً فإن ما تثيره الطاعنة لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً ، يخرج عن رقابة محكمة النقض .
– نقض ١٩٧٥/٦/٢٥ س٢٦ ص ١٢٨٧ .
Cass. Civ. 3, 29 jan. 2003, Bull. 111, n. 23.

(٣) الثمن وإن كان يعتبر ركناً أساسيًا فى عقد البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد من نص =

اليه نسبة محددة من الربح . وهنا يتعيّن على البائع أن يبيّن بأمانة هذا الثمن أو هذه التكاليف ، ويجوز للمشترى أن يثبت مخالفة ذلك للحقيقة بجميع طرق الاثبات، هذا بالاضافة الى أن كذب البائع قد يعد من قبيل التدليس الذى يؤدى الى ابطال العقد .

ومن أهم **الأسس الموضوعية التى يرجع اليها فى تقدير الثمن** : سعر السوق أو السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى يجرى عليه التعامل بين المتعاقدين ، السعر الذى يحدده أجنبى عن العقد .

١- يجوز الاتفاق على أن يتم البيع **بسعر السوق** . ويعتبر ذلك أساسًا صالحًا لتقدير الثمن . ويحدد الأطراف غالبًا السوق الذى يتم على أساسه تحديد الثمن . فقد يتم الاتفاق على أن المقصود هو سعر السوق فى يوم انعقاد العقد أو التسليم فى مكان معيّن أو متوسط السعر خلال مدة زمنية محددة . وإذا لم يتفق البائع والمشترى على ذلك فإنه يؤخذ بسعر السوق فى الزمان والمكان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى . وإذا لم يوجد سوق فى مكان التسليم وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية ، كأن يكون أقرب سوق مثلاً . وكثيراً ما يتحدد الثمن فى التجارة بسعر البورصة .

٢- وقد يتبيّن من الظروف والملابسات أن المتعاقدين قد نويا اعتماد **السعر المتداول فى التجارة** أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما .

= المادتين ٤٢٣ ، ٤٢٤ مدنى - لا يشترط أن يكون الثمن معيناً بالفعل فى عقد البيع بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً على الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد .

- نقض ١٩٨٠/١/٢٨ س ٣١ ص ٣١٨ .
- نقض ١٩٨٨/٦/١ طعن ١١٤٢ س٥٦ق .

(١) منصور مصطفى منصور ص ٥٤ .

وهنا يرجع فى تقدير الثمن الى السعر المتداول بين التجار ، سواء كان هذا السعر هو سعر البورصة أو سعر الأسواق المحلية فى مكان التسليم ، ولو كان ذلك مختلفاً عن القيمة الحقيقية للمبيع . وللقاضى أن يستعين بخبير من التجار للتعرّف على هذا السعر .

وإذا كان المقصود هو **السعر الذى يجرى عليه التعامل بين المتبايعين** ، فإنه يرجع الى المعاملات السابقة فيما بينهما ، وذلك كالتاجر الذى يعتاد توريد سلعة بسعر معيّن ويستمر فى التوريد دون ذكر الثمن ، فيفهم من ذلك ضمناً أن الثمن هو ذلك السعر المعيّن بينهما .

٣-يجوز للبائع والمشترى أن يعهدا الى **أجنبى عن العقد بمهمة تحديد الثمن** . ينعقد العقد فى هذه الحالة لأن الثمن يكون قابلاً للتحديد ، إلا أن العقد يكون معلقاً على شرط واقف هو قيام الأجنبى بتقدير الثمن . فإذا قام بالتقدير فإن الشرط يتحقق وينفذ الالتزام بأثر رجعى من يوم انعقاد البيع . وإذا لم يقم الأجنبى بتحديد الثمن ، فإن العقد لا ينعقد.

ويترتب على ذلك ان المشترى يعتبر مالكاً للمبيع من وقت البيع لا من يوم تقدير الثمن وذلك إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، ويقوم المفوض بتقدير الثمن وقت الاتفاق على البيع لا وقت قيامه بالتقدير ما لم يتفق على عكس ذلك .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه فى عقد البيع قد يترك الطرفان تحديد الثمن لأجنبى يتفقان عليه وقت العقد فيكون الثمن فى هذه الحالة قابلاً للتقدير بتفويض الأجنبى فى تقديره ، وما يقدّره هذا الأجنبى ثمناً للبيع ملزم لكل من البائع والمشترى فهو وكيل عنهما ، ويتم هذا البيع من الوقت الذى اتفق فيه الطرفان على المفوض ، ففى ذلك الوقت كان البيع مستكملاً لجميع عناصره وأركانه ومنها الثمن[١] .

---

(١) نقض ١٩٨٨/٥/٨ طعن ٤٣٩ س٥٠ق .

وقد يتفق الطرفان على أن **الثمن سيتحدد بواسطة شخص ثالث يتم تعيينه فيما بعد** ، فإن البيع لا ينعقد إلا من وقت هذا الاتفاق . ولا يجوز الالتجاء الى القاضى لتعيين المفوض أو لتقدير الثمن فى حالة اختلاف الأطراف على التعيين ، ما لم يكن متفقاً على ذلك فى العقد، لأن ذلك يخرج عن نطاق وظيفة المحكمة . فالقاضى لا يبرم العقد نيابة عن المتعاقدين .

وإذا قام المفوض بتقدير الثمن فإن هذا التقدير يكون ملزماً للطرفين ، ولا يسمح لأى منهما الطعن فى التقدير بحجة عدم اتفاقه مع العدالة ، فالمفوض ينوب عن الأطراف فى تحديد الثمن . ويجوز الطعن فى هذا التحديد إذا جاوز المفوض الحدود المرسومة له فى مهمته أو إذا وقع فى غلط جوهرى من تلقاء نفسه أو نتيجة تدليس [1] .

المطلب الثانى

جدية الثمن

يلزم لانعقاد البيع التزام المشترى بدفع ثمن مقابل نقل ملكية المبيع اليه من البائع . وإذا انعدم الثمن لم ينعقد البيع . وعلى هذا يلزم أن يكون الثمن جدياً أى حقيقياً وليس صورياً أو تافهاً .

(أ) الثمن الصورى :

الثمن الصورى هو الثمن الذى يذكر فى العقد لاستكمال مظهر البيع ، فهو ثمن لا وجود له ، لأننا أمام عقد آخر هو عقد هبة مستترة . وصورية الثمن قد تكون مكشوفة كأن يذكر عند التعاقد أن البائع أبرأ المشترى من الثمن ، هنا لا تكون بصدد بيع بل هبة لا تتم إلا بورقة رسمية [2].

---

(١) Lucky Luke, D. Aff. 1999. 449.

(٢) نقض ١٩٣٨/٦/٥ مجموعة عمر ٢ ص ٤٠٠ . وقد جاء فيه : =

وقد تكون الصورية غير واضحة فى العقد ، بل يتم اثباتها - أحياناً - فى اتفاق مستقل (ورقة الضد) ، مما يجعلنا أمام تصرفان : عقد بيع صورى ، وعقد هبة حقيقى لا يشترط لابرامه أى شكل رسمى[1] . ويعتد فيما بين المتعاقدين بالعقد الحقيقى . ويخضع فى اثباته للقواعد العامة ، أما بالنسبة للغير فيجوز اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات .

=متى كان الحكم قد قرر أن العقد الصادر من المورث لزوجته هو عقد بيع عين فيه المبيع والثمن وأن لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن فى العقد بعد تعيينه فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى القانون لأن مطاق البيع يفيد التزام المشترى بدفع الثمن المسمى ولأن المادة ٤٨ مدنى تجيز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر وتجعل مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذى يسترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية ، فإن كان العقد الساتر بيعاً ولم ينص فيه على ثمن ما أو أبرئ المشترى أو وهب له فالعقد هبة لا تصح قانوناً إلا إذا كانت حاصلة بعقد رسمى .

وقضى بأن عدم دفع المطعون ضدهم (المشترى) الثمن لا يتعارض مع تنجيز عقدىّ البيع موضوع الدعوى ، إذ التصرف بالبيع المنجز ، يعتبر صحيحاً سواء أكان العقد فى حقيقته بيعاً أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع استوفى شكله القانونى . نقض ١٩٧٣/٢/٦ سنة ٢٤ ص ١٥١ .

إذا كان البيّن من عقد البيع أن ينص على أن المورث قد باع العقار محل النزاع الى نفسه بصفته ولياً شرعياً على أولاده القصّر ودفع الثمن تبرعاً منه لأولاده المذكورين ورأت المحكمة أن الادعاء بأنه دفع الثمن بصفته ولياً شرعياً يفيد أنه من مال القصّر لا يتسق وباقى عبارات العقد من أن المورث قد تبرع بالثمن ووهبه لأولاده القصّر الذين اشترى العقار لهم والتزم بعدم الرجوع فى تبرعه بما يدل على أنه قد تبرع بالثمن فى العقد الأمر الذى يفصح عن أن التصرف هبة سافرة وليس بيعاً إذ لم تستوف بيانات العقد أحد أركان البيع وهو الثمن ومن ثم فلا يصلح لستر الهبة الحاصلة بموجبه والتى تعتبر باطلة لعدم اتخاذها الشكل الرسمى ولا تعتبر وصية لأن العقد غير محرر بخط المورث ولم يصدق على توقيعه عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون مخطئاً فى تطبيق القانون .
الطعن ٨٤٣ لسنة ٤٤ق - جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩ س٢٩ ص ٨٩١ .

(١) م ٤٨٨ /١ .
الثمن ركن من أركان البيع التى يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بصحة انعقاده .
المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الثمن ركن من أركان البيع التى يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بصحة انعقاده ، وما يجريه قاضى الموضوع من هذا التثبت يجب أن يورده فى أسباب حكمه ليقوم هذا الايراد شاهداً على أنه لم يغفل أن هذا الركن من أركان =

ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير توافر ركن الثمن[1] . وتطبيقًا لذلك قضى بأن تقدير الدليل والاطمئنان الى أقوال الشهود هو من اطلاقات محكمة الموضوع ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اطمأن الى أقوال شهود الاثبات ورجحها على أقوال شهود النفى ، واستخلص منها استخلاصًا سائغًا النتيجة التى انتهى اليها من أن العقد موضوع النزاع لم يقصد به البيع ، ولم يدفع فيه ثمن ، فإن النعى بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعيًا ، مما لا يجوز التحدى به أمام محكمة النقض[2] .

(ب) الثمن التافه :

الثمن التافه هو الذى يصل الى درجة من القلة على نحو لا يتعادل البتة مع قيمة الشيء المبيع . ويتضح من ظروف التعاقد أن البائع لا يقصد نقل ملكية المبيع الى المشترى مقابل الحصول على هذا الثمن ، بل توجد غالبًا نية التبرع وراء هذا التصرف . ويعتبر العقد فى هذا الفرض هبة مكشوفة لا تصح إلا بورقة رسمية . والثمن التافه يأخذ حكم الثمن المعدوم. ويكون البيع باطلاً، بل لا ينعقد أصلاً لتخلف ركن جوهرى فيه وهو الثمن .

= العقد المتنازع عنه وإذ كان الثابت من واقع الدعوى ان ركن الثمن فى عقد البيع موضوع التداعى باعتباره محلاً لالتزام المطعون ضدها كان مثار منازعة من قبل الطاعن أمام محكمة الموضوع بما أثاره من دفع بصورية العقد صورية مستترة لكونه لم يدفع فيه ثمن وأنه فى حقيقته تصرف تبرعى مضافًا الى ما بعد الموت ، فتصدت المحكمة لبحث هذا الدفع وتحقيقه وانتهت فى حكمها وعلى ما سلف بيانه فى مقام الرد على السبب الثانى من أسباب الطعن ، الى أن الطاعن عجز عن اثبات الدفع بالصورية ، وازاء عدم ثبوت هذا الدفع عوّل الحكم على ما ورد بنصوص العقد التى ثبت منها أداء المشترية ثمنًا مقداره ألفان من الجنيهات ، واستخلصت من ذلك توافر أركان عقد البيع من رضا ومحل وسبب . لما كان ذلك فإن ما ينعاه الطاعن على الحكم من قصور فى التسبيب فى هذا الصدد يكون على غير أساس . (طعن رقم ١٢٢٨ لسنة ٥٦ق – جلسة ١٩٩٠/٢/١٥) .

(١) نقض ١٩٧٢/٣/٧ س٢٣ ص ٢٩٨ .

(٢) نقض ١٩٧٢/٣/٩ س٢٣ ص ٣٤٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه على فرض أن الايراد المقرر فى العقد مدى حياة البائع هو ريع المنزل المبيع ، وأن هذا يجعل الثمن معدوماً فيعتبر العقد باطلاً كبيع ، فإن الحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد يعتبر فى هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لإفراغها فى قالب بيع [(١)] .

وقضى بأنه لا يشترط أن يكون المقابل فى عقد البيع «الثمن» متكافئاً مع قيمة المبيع بل كل ما يشترط فيه أن لا يكون تافهًا . فالثمن البخس يصلح مقابلاً لالتزامات البائع[(٢)].

ويختلف الثمن التافه عن الثمن البخس الذى يقل عن قيمة المبيع دون أن يصل الى حد التفاهة .

فالثمن البخس موجود ، ولا يمكن المنازعة فى تقديره إلا من خلال الطعن بوجود عيب من عيوب الارادة . وبصفة خاصة الطعن بالغبن .

ومعيار تقدير تفاهة الثمن معيار موضوعى حيث تجرى المقارنة بين الثمن المحدد وقيمة المبيع ، فإن كان عدم التناسب صارخاً اعتبر الثمن تافهاً [(٣)] .

المطلب الثالث

الغبن فى بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية

الأصل أن الغبن وحده ، أى عدم التعادل المادى بين الالتزامات المتقابلة ، لا يؤثر فى صحة العقد . أما إذا كان عدم التعادل ناجمًا عن استغلال أحد المتعاقدين طيشاً بيّناً أو هوى جامحاً لدى المتعاقد الآخر ، فإنه يحق لهـذا

---

(١) نقض ١٩٥١/٤/٥ المجموعة فى ربع قرن جـ ١ ص ٣٥٠ .

(٢) نقض ١٩٥١/٢/١ مجلة التشريع والقضاء ٤ ص ١٤٦ .

وقد جاء فيه : وإذ ادعى البائع بأنه باع بما دون القيمة على علم منه بذلك تخلصًا من تعرض الغير له فى الأطيان المبيعة وعجزه عن تسليمها لا يكفى لإبطال البيع إلا أن يكون قد شاب رضاؤه إكراه مفسد له .

(٣) Cass. Civ., 28 nov. 2000. Cont. Consom. 2001, n. 40, n. Leveneur .

المتعاقد طلب إبطال العقد أو انقاص الالتزامات أو رفع الالتزام المقابل الى الحد الكافي لرفع الغبن ، ويجب رفع لدعوى خلال سنة من تاريخ العقد[1].

خرج المشرع على هذا الأصل في حالة بيع عقار ناقص الأهلية حيث اعتد بالغبن في ذاته ، وقرر للمغبون الحق في دعوى تكملة الثمن . فقد نص على أنه « ١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل . ٢- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوّم العقار بحسب قيمته وقت البيع » . ونص على أنه « ١- تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع . ٢- ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع » . ونص على أنه « لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى » [2].

يتضح من تلك النصوص أن لدعوى الغبن الفاحش شروطاً وأحكاماً معيّنة نعرض لها على التوالى .

(أ) شروط الطعن بالغبن :

يلزم للطعن بالغبن في عقد البيع عدة شروط هى :

١- أن يكون المبيع عقاراً : يجب أن نكون بصدد بيع وارد على عقار ، سواء تعلق الأمر بحق الملكية أو بحق عينى آخر كحق انتفاع أو حكر أو ارتفاق . ويستوى أن يرد البيع على حصة شائعة أو مفرزة . وعلى ذلك لا يجوز الطعن بالغبن في بيع المنقول أيّا كانت

---

(١) طبقاً للمادة ١٢٩ .

(٢) م ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ٤٢٧ .

قيمته [1]. وكذلك الحال بالنسبة لبيع الحقوق الذهنية أو الأدبية ، والحقوق الشخصية ولو تعلقت بعقار ، ونفس الحكم بالنسبة للمنقولات بحسب المآل .

وإذا تضمن البيع منقولاً وعقاراً ، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة ، فيجوز الطعن بالغبن فى بيع العقار وحده . أما إذا كانت الصفقة غير قابلة للتجزئة ، فإن الطعن بالغبن يرد على البيع بأكمله مع الأخذ فى الحسبان قيمة العقار وحده وما يخصه من نصيب فى الثمن .

ويعتد فى تقدير الغبن بوقت البيع وليس وقت رفع الدعوى أو الحكم فيها . والعبرة فى هذا المجال بالثمن النقدى الذى دفعه المشترى للبائع بغض النظر عما ينفقه من مصروفات ورسوم .

٢- أن يكون العقار المبيع مملوكًا لشخص غير كامل الأهلية : فلا يجوز الطعن بالغبن إذا كان صاحب العقار كامل الأهلية بأن بلغ سن الرشد دون أن يحجر عليه لعاهة عقلية (جنون ، عته ، سفه ، غفلة) . ولا تقبل دعوى الغبن فى حالة وجود مانع من موانع الأهلية كالغيبة ، والحكم على الشخص بعقوبة جنائية ، والاصابة بعاهة كالصم والبكم والعمى.

ويعتد باكتمال الأهلية بالنسبة للعقار المبيع بالذات . فالأهلية تختلف باختلاف التصرفات . فقد يكون البائع ناقص الأهلية بالنسبة الى عقارات يملكها ، وكامل الأهلية بالنسبة الى عقار معيّن . مثال ذلك العقار الذى يتملكه صبى يبلغ سن ١٧ سنة من عمره من المال الذى يكسبه من عمله الخاص .

٣- أن يزيد الغبن فى البيع عن الخمس : أى لا يجوز الطعن

---

(١) وترجع هذه التفرقة الى الأفكار القديمة حيث كانت العقارات من قبيل الأشياء الأكثر قيمة، ولم تعد تلك النظرة تتمشى مع العصر الحديث حيث أصبحت المنقولات ذات قيمة مرتفعة كالأسهم والسندات والمحل التجارى .

بالغبن إلا إذا كان العقار قد بيع بثمن يقل عن أربعة أخماس قيمة العقار . ويعتد فى تقدير قيمة العقار بوقت البيع ولا يعتد بوقت التسليم أو وقت رفع الدعوى أو الحكم فيها أو أى تغيير يطرأ بعد ذلك على قيمته .

ورغم صعوبة تقدير مدى تعادل الالتزامات المتبادلة فى البيوع الاحتمالية، كبيع التركة والبيع الذى يكون الثمن فيه ايراداً مرتبًا مدى الحياة ، إلا أنه يجوز الطعن فيها بالغبن إذا أمكن تقدير قيمة التزام كل من المتعاقدين ، وتقدير ما إذا كان هناك غبن . مثال ذلك بيع العقار بمرتب معادل لريعه ، فهذا لا يتناسب مطلقاً مع قيمته .

٤- ألا يكون البيع قد تم بطريق المزاد العلنى وفقًا للقانون . فهذا النوع من البيوع ، مع ما يصاحبه من دعاية واجراءات ، من شأنه أن يحقق للعقار المبيع أعلى ثمن ممكن . ويقصد بذلك البيع الذى يحتم القانون تمامه عن طريق المزاد العلنى وفقًا لاجراءات معيّنة ، كبيع عقار المدين المحجوز عليه وفاء لديونه ، أو بيع عقار القاصر بعد إذن القاضى لعدم إمكان قسمته . أما إن تم البيع بالمزاد فى غير الحالات التى يتطلبها القانون فلا يمتنع الطعن بالغبن .

ويقتصر الطعن بالغبن على البيع الصادر لحساب شخص غير كامل الأهلية سواء صدر منه أو ممن ينوب عنه . أما إن وقع الغبن على المشترى فلا يجوز له أن يتمسك بالغبن مهما كانت أهليته . ويحق له التمسك بالبطلان طبقًا للقواعد العامة .

ويقتصر الطعن بالغبن على عقد البيع دون غيره من التصرفات ، ما لم يثبت صورية التصرف ، وأنه أريد به البيع فعلاً . فلا يجوز الطعن بالغبن إذا قدم القاصر عقاراً يملكه كحصة فى شركة ، ما لم يثبت صورية التصرف وأن تقديم الحصة إنما كان عن طريق البيع . وإذا قدم القاصر العقار على سبيل الوفاء بمقابل فإنه يجوز الطعن بالغبن لأن الوفاء بمقابل يتحلل الى وفاء وبيع.

(ب) أحكام دعوى الغبن (دعوى تكملة الثمن) :

- يترتب على توافر شروط الغبن الفاحش السابقة إمكان رفع دعوى تكملة الثمن الى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع . وليس من شأن هذه الدعوى إبطال البيع .

- ويجوز رفع دعوى الإبطال إذا توافرت شروطها طبقًا للقواعد العامة ، وذلك فى حالة صدور البيع من ناقص الأهلية نفسه أو فى حالة كون البيع معيباً بعيب من عيوب الإرادة .

ويجوز رفع دعوى تكملة الثمن من قبل ناقص الأهلية نفسه عندما تكتمل أهليته أو بواسطة نائبه . ويجوز للورثة رفع هذه الدعوى بعد وفاة ناقص الأهلية . وترفع الدعوى على المشترى أو على ورثته لأنها بمثابة دين فى ذمته . وترفع أمام محكمة موطن المدعى عليه لأنها دعوى بحق شخصى .

وإذا نجح المدعى فى اثبات الغبن الفاحش فإن القاضى يحكم بتكملة الثمن الى أربعة أخماس قيمة المبيع فقط لا الى ثمن المثل كاملاً . ويأخذ الفارق المحكوم به حكم الثمن ويلتزم المشتر بدفعه وإلا جاز التنفيذ به على أمواله . وله حق امتياز على العقار المبيع يحتج به من وقت قيده .

- **وتتقادم دعوى تكملة الثمن** بمرور ثلاثة سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع . وهذه المدة لا تقبل الوقف بسبب عدم الأهلية لأن الوقف نظام خاص بالتقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات . فإذا توفى غير كامل الأهلية وكان من بين ورثته قاصر ليس له نائب قانونى فلا تقف مدة تقادم دعوى تكملة الثمن .

- ويستطيع البائع أن **يطلب فسخ البيع** إذا لم يدفع المشترى فرق الثمن . ويترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعى . ولكن ذلك ينبغى ألا يضر بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع[1] . فإذا كان

---

(١) ويعد ذلك تطبيقاً للقواعد العامة التى تعبّر عنها المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى حيث =

المشترى قد تصرف فى العقار الى شخص آخر فإن الفسخ لا يلحق ضرراً بهذا الشخص حسن النية . وكذلك الحال إذا كان الغير قد اكتسب حقاً عينياً على العقار ، فإن العقار يعود الى البائع محملاً بهذا الحق . لهذا فإن البائع كثيراً ما يفضل التنفيذ بحقه (فارق الثمن) على أموال المشترى .

ويلاحظ أخيراً أنه يندر وجود تطبيقات لتلك الدعوى فى الحياة العملية، حيث ان قانون الولاية على المال قد ضيّق من سلطة النائب فى بيع عقارات غير كاملى الأهلية ، واشترط لصحة البيع – كقاعدة عامة – إذن المحكمة التى تستطيع أن ترفض الإذن إذا كان التصرف فيه غبن يزيد على خمس القيمة أو كان ضاراً بمصلحة القاصر . وإذا ما قام الشخص غير كامل الأهلية بالبيع بنفسه فكثيراً ما يغنى طلب الإبطال لنقص الأهلية عن دعوى تكملة الثمن .

= ان فسخ التصرف الوارد على عقار لا يؤثر على حق الغير الذى كسبه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ أو التأشير بها على هامش تسجيل التصرف .

المبحث الثانى

التزام المشترى بدفع الثمن ونفقات البيع

نعرض لالتزام المشترى بدفع الثمن من خلال بيان : مضمون الالتزام بدفع الثمن ، أحكام الوفاء بالثمن .

المطلب الأول

مضمون الإلتزام بدفع الثمن ونفقات البيع

يلتزم المشترى بدفع الثمن ، وما قد يلحق به من فوائد . هذا بالاضافة الى تحمل مصروفات البيع وتكاليفه .

الفرع الأول

دفع الثمن

يلتزم المشترى بدفع الثمن النقدى المتفق عليه فى العقد . هذا ما لم يتم تخفيض الثمن أو رفعه بحكم المحكمة . فقد يزيد الثمن فى حالة بيع عقار غير كامل الأهلية بغبن فاحش . وحالة ظهور زيادة فى قدر المبيع إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة . وقد يتم إنقاص الثمن فى حالة استغلال البائع للمشترى ، وحالة ظهور عجز فى مقدار المبيع [(١)].

ومن المقرر أنه « إذا كان محل التزام المدين نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو

---

(١) م ٤٢٥ ، ١/٤٣٣ ، ١٢٩ .

Carbonnier, obligations, 2000, n. 319.

لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » [1].

والأصل أن يتم دفع الثمن كلية ما لم يتفق على دفعه أقساطاً . ويتحمل المشترى نفقات الوفاء كمصاريف النقل أو الارسال بالبريد أو عن طريق البنك.

والأصل أن يتم الوفاء بالثمن نقداً ، فلا يجبر البائع على قبول شيك أو ورقة تجارية وفاء للثمن . وإذ قبل البائع الوفاء بشيك ، فإن ذمة المشترى لا تبرأ إلا بصرف البائع لقيمة الشيك ، ذلك ان الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاء إلا أن الالتزام المترتب فى ذمة الساحب لا ينقضى بمجرد سحب الشيك ، بل بقيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد [2] . ولكن الوفاء بشيك مصرفى أو بشيك مصدق عليه من البنك المسحوب عليه يبرئ ذمة المشترى ، لأن البنك يجنب مقابل وفاء الشيك بمجرد إصداره أواعتماده . وإذا قبل البائع شيكاً عادياً بالثمن وأثبت فى العقد التخالص بالثمن ، فإن إعطاء هذا الشيك يعتبر وفاء بالثمن لا استبدالاً له ، وعلى ذلك فإذا حكم بفسخ البيع فلا يبقى لتحصيل قيمة الشيك محل .

يقع الالتزام بدفع الثمن على عاتق المشترى أو من ينوب عنه وإذا تعدد المشترون ، فكل منهم يعتبر مديناً بحصته ، ما لم يكن بينهم تضامن ، ولكن لا يجبر البائع على أن يقبل وفاءً جزئيًا لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، بل يجب عليهم جمع كامل الثمن فيما بينهم وسداده كاملاً إلى البائع وإلا حق له حبس المبيع .

ويكون الوفاء بالثمن للبائع أو نائبه أو لمن يقدم للمشترى مخالصة صادرة من البائع . وفى بيع العقار تبرأ ذمة المشترى إذا أجبر على الوفاء بالثمن لدائنى البائع المقيدة حقوقهم على العقار ، وذلك فى حدود القدر المستحق للدائنين والذى يسدد لهم .

---

(١) م ١٣٤.

(٢) نقض ١٩٥٧/٦/١٣ س ص ٥٧٦ .

ويقم مقام الوفاء بالثمن عرضه عرضاً حقيقياً إذا تلاه ايداع طبقاً لأحكام قانون المرافعات ، بشرط أن يكون الايداع خالياً من أى شرط أو قيد لا يحق للبائع فرضه .

الفـرع الثانى
دفع فوائد الثمن

من المقرر أنه « ١- لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلاً أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . ٢- وللمشترى ثمر البيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك» [١].

يتضح من هذا النص أن الأحكام الواردة به ذات طبيعة مكملة ويجوز للأطراف الاتفاق على عكسها . ومن جهة أخرى ربط المشرع بين استحقاق البائع لفوائد الثمن وبين استحقاق المشترى لثمار المبيع .

(أ) الفوائد الاتفاقية :

يمكن أن يتفق الأطراف وقت العقد أو بعده على التزام المشترى بدفع الفوائد عن الثمن من عدمه ، ومقدار الفائدة ، وميعاد سريانها . هذا بشرط ألا يزيد سعر الفائدة على ٧٪ وفقًا للقواعد المقررة فى الفوائد الاتفاقية . وتستوى فى ذلك المسائل المدنية أو التجارية . ويقوم مقام الاتفاق وجود عرف يقضى باستحقاق البائع لفوائد عن الثمن . كما هو الحال فى المسائل التجارية، وهنا يطبق سعر الفائدة القانونية .

(ب) الفوائد القانونية :

يلتزم المشترى بدفع الفوائد القانونية عن الثمن فى حالتين :

---

(١) م ٤٥٨ .

الحالة الأولى : إعذار البائع للمشترى :

يلتزم المشترى بدفع الفوائد القانونية عن الثمن إذا قام البائع باعذاره للوفاء بالثمن ، ولكن بشرط أن يكون هذا الثمن مستحق الأداء . وتستحق الفوائد القانونية من وقت هذا الاعذار وذلك خلافًا للقاعدة العامة التى تقضى بعدم سريان الفوائد إلا من تاريخ المطالبة القضائية بها . وهذا إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخًا آخر لسريانها ، وهذا كله من ما لم ينص القانون على غيره (١) .

الحالة الثانية : تسليم المبيع المثمر الى المشترى :

– يستحق البائع فوائد قانونية عن الثمن إذا قام بتسليم المبيع الى المشترى، وبشرط أن يكون هذا المبيع قابلاً لأن ينتج ثماراً أو يغل ايرادات أخرى . ويقصد بالتسليم وضع المبيع تحت تصرف المشترى ولو لم يتسلمه ماديًا (٢).

---

(١) م ٢٢٦ . نقض ١٩٨٦/٣/١٣ طعن ١٢٥ س٥٢ق .

(٢) م ٤٣٥ .

لما كان اعذار المدين هو وضعه قانونًا فى حالة التأخر فى تنفيذ التزامه . إذ أن مجرد حلول أجل الالتزام والتأخر الفعلى فى تنفيذه لا يكفى لاعتبار المدين متأخراً فى التنفيذ على نحو يوفر مسئوليته القانونية عن هذا التأخير بل لا بد من إعذاره بالطرق التى بيّنها القانون ، فعندئذ يصبح المدين ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً .

مفاد نص المادة ٢١٨ من القانون المدنى أن شرط استحقاق التعويض عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فى تنفيذه . إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك . ولا يغنى عن هذا الاعذار أن يكون التعويض مقدراً فى العقد أو أن يكون قد حل أجل الوفاء به وتأخر المدين فعلاً فى أدائه .

لما كان البيّن من الأوراق أن عقد البيع سند الدعوى قد خلا من النص على الاعفاء من الاعذار وهو اجراء واجب لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه ، وكان هذا الاعذار لم يتم إلا بتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٠ فإنه من ذلك التاريخ يحق للمطعون عليهما المطالبة بالتعويض المنصوص عليه بالبند السابع من عقد البيع سالف الذكر . لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائى قد خالف هذا النظر وقضى بالزام الطاعنة بالتعويض المطالب به عن المدة من ١٩٨٣/٢/١ حتى ١٩٨/١/٣١ وهى الفترة السابقة على =

والحكمة من **ربط استحقاق الفوائد بتسليم المبيع المثمر** هى أنه لما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع فإنه فى أية حال يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على ثمرات المبيع حتى ولو لم يكن الثمن مستحقاً ، فإنه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى ، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ، ولو لم ينتج ذلك بالفعل [1].

أما إذا كان المبيع غير منتج أو غير قابل لانتاج ثمار أو ايرادات، فإن البائع لا يستحق الفوائد حتى لو تسلم المشترى المبيع وانتفع به شخصياً ، كسيارة خاصة أو أرض بناء أو لوحة فنية، هذا ما لم يتفق على غير ذلك .

مؤدى ذلك أن المشرع وضع قاعدة مقتضاها عدم الجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن . وتلك القاعدة لا تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم فهى قاعدة مكملة ويجوز الاتفاق على ما يخالفها [2].

=حصول الاعذار الموجه إليها من المطعون ضدهما فى ١٩٨٩/٤/٣٠ - رغم تمسكها بدفاعها الوارد بسبب النعى - فإنه يكون قد أخطأ فى القانون .

الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٨/٤/١٢ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٤٠ .

(٢) نقض ١٩٨١/٤/١٦ س٣٢ ص ١١٤٤ .

ايداع المشترى الثمن لا يمنع من الفسخ إذا كان هذا الايداع لم يشمل الفوائد المستحقة قانوناً من وقت تسليم المبيع القابل لانتاج ثمرات حتى وقت الايداع .

تمسك البائع أمام محكمة الموضوع بأن ايداع مؤجل الثمن غير مبرئ لذمة المشترى لم يشمل ما استحق عليه من فوائد من وقت تسليم المبيع القابل لانتاج ثمرات حتى وقت الايداع . اغفال الحكم الرد عليه . قصور .

استحقاق البائع للفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن. شرطه . تسليم المبيع للمشترى وقابليته لانتاج ثمرات أو ايرادات أخرى . استحقاق الفوائد بلا حاجة لاتفاق عليها أو اعذار المشترى . عدم الاعفاء منها إلا باتفاق أو عرف . م ١/٤٥٨ مدنى . عدم جواز الجمع فى الانتفاع بين المبيع والثمن .

الطعن رقم ١٣٧٨ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/٢/٢٤ .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن للبائع الفوائد القانونية عما لم يُدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشترى وكان هذا المبيع قابلاً لانتاج ثمرات أو ايرادات أخرى . وتجب هذه الفوائد بغير حاجة الى وجود اتفاق عليها . ولا يعفى المشترى منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الاعفاء . ولا يشترط لاستحقاق الفوائد فى هذه الحالة اعذار المشترى أو المطالبة بها قضائياً . بل يكفى مجرد التمسك بها ، كما أن القانون لايفرّق بين ما إذا كان الثمن الذى لم يدفع حال الأداء أو مؤجلاً . ويقوم هذا الحكم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى ثمرة البدلين – المبيع والثمن – ولذا فإن المشترى لا يكون قد وفى بالتزاماته كاملة إذا لم يودع الثمن المسمى أو باقيه وما استحق عليه من فوائد من وقت تسلم المبيع القابل لانتاج ثمرات حتى وقت الايداع . وبدون هذا الايداع المقابل لا يمكن تفادى الفسخ المترتب على عدم قيام المشترى بالتزاماته المنصوص عليها فى العقد [1].

– وينبغى التذكرة بأن المشترى يتملك ثمار المبيع ونماؤه ويتحمل نفقاته من وقت اتمام البيع . ويجب أن تسلم اليه مع المبيع ، ما لم يكن هناك نص مخالف[2]. وفى المقابل يلتزم وتطبيقًا لذلك

---

(١) نقض ١٩٨١/٤/١ طعن ١٣٣ س٥٠ق .

(٢) م ٤٥٨ .

ان نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قدسلم المبيع للمشترى وكان هذا المبيع قابلاً لانتاج ثمرات أو ايرادات أخرى ، وتجب هذه الفوائد بغير حاجة الى وجود اتفاق عليها ، ولا يعفى المشترى منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الاعفاء ، ولم تفرّق هذه المادة بين ما إذا كان الثمن الذى لم يدفع حال الأداء أو مؤجلاً ، وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى بين ثمرة البدلين المبيع والثمن ، ويعد استثناء من القاعدة المقررة فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخر المدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها ، لما كان ذلك وكان عقد بيع الشقة موضوع الدعوى قد خلا من اتفاق الطرفين على عدم استحقاق البائع لفوائد عما لم يدفع من الثمن فإنهما يكونا قد تركا أمر هذه الفوائد لما تقضى به =

قضى بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمشترى بثمرات المبيع عن مدة سابقة على تاريخ وفاته بباقى الثمن ، فإنه إذا رفض القضاء للبائع بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمن واجراء المقاصة بين هذه الفوائد وما يعادلها من الثمرات تأسيسًا على أن المبيع كان تحت يده فإن الحكم يكون مخالفًا للقانون(١) .

وقد جرى قضاء النقض على أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع الى المشترى من تاريخ ابرام البيع ، فيتملك المشترى الثمرات من المنقول والعقار على السواء مادام المبيع شيئًا معينًا بالذات ، من وقت إتمام العقد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى ولو لم يسجل العقد ، ومن ثم تكون للمشترى بعقد عرفى صفة المطالبة بريع الأرض مدة الاستيلاء عليها (٢). وللمتعاقدين بعقد ابتدائى أن يتفقا على مآل المبيع ، ولا جناح عليهما إن اتفقا على أن تكون هذه الثمار للمشترى من تاريخ سابق على تسلمه المبيع أوعلى البيع نفسه ، إذ أن هذا الاتفاق لا يجرمه القانون وليس فيه ما يخالف النظام العام (٣) . بل ان هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام ،

=المادة ٤٥٨ من القانون المدنى ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه باستحقاق البائع لفوائد الثمن المؤجل اعمالاً للنص السالف فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ، ولا يجدى الطاعن ما تمسك به من أن الشقة يستعملها سكنًا خاصًا له وأنها لا تنتج ايرادات إذ أن مناط استحقاق البائع للفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن هو تسليمه المبيع للمشترى قابلاً أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل على النحو الذى أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى بما لا محل معه لتعيين مقدارها ، ولما كان المطعون عليه قد تسلم الشقة ووضع يده عليها من تاريخ عقد البيع فإنها تكون قابلة لأن تدر عليه ريعًا وفى استطاعته الحصول عليه حتى ولو كان يستعملها سكنًا خاصًا له ويكون ما ينعاه على الحكم فى هذا الصدد على غير أساس . (طعن رقم ١٨٤٥ لسنة ٥٦ق – جلسة ١٩٩٠/١/٢٨) .

(١) نقض ١٩٦٦/٦/٣٠ س ١٧ ص ١٤٩ .

(٢) نقض ١٩٨٣/١١/٢٤ طعن ٥٦١ س ٥٠ق .

(٣) نقض ١٩٦٤/٧/٢ س ١٥ ص ٨٩٥ .

ومن ثم لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضى بها من تلقاء نفسها بل يجب التمسك بها من البائع وأن تتحقق المحكمة من توافر شرائطها[1].

–وتستحق الفوائد على الثمن من تاريخ تسليم المبيع المثمر **حتى ولو كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً** . فيستوى أن يكون الثمن الذى يدفع حال الأداء أو مؤجلاً . ويعتبر ذلك استثناءً من القاعدة التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخر المدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها « ومن ثم فلا يمنع من استحقاق البائع لفوائد الثمن أن يكون ما لم يدفع من الثمن مؤجلاً من الأصل أو أن يصبح غير مستحق الأداء لسبب يرجع الى البائع أو أن يكون للمشترى الحق فى حبسه مادام قد وضع يده على الأطيان المبيعة وكان فى استطاعته أن يحصل على ثمارها » [2].

« ولا يستطيع المشترى أن يتمسك بأنه غير ملزم بفوائد عن باقى الثمن حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إياه مستندات التمليك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائى متى كان قد وضع يده على الأطيان المبيعة » [3]، «أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الأداء حالاً لسبب يرجع الى البائع نفسه كأن ، يكون تأجيل الثمن بسبب امهال البائع ليستجمع أوراقه التى تثبت ملكيته ليستطاع تحرير العقد النهائى » [4].

– ويثبت حق البائع فى الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن بمجرد تسليم المبيع للمشترى وقابليته لانتاج الثمار أو الايراد ، وذلك دون حاجة لإعذار المشترى[4] . وثبوت حق المشترى فى حبس ما لم يدفع من الثمن أو

---

(١) نقض ١٩٨٢/٥/١٣ س ٣٣ ص ٥١٧ .

(٢) نقض ١٩٦٧/٥/١٨ س١٨ ص١٠٦٨ .

(٣) نقض ١٩٤٨/١٢/٩ مجموعة عمر ص ٥ ص ٦٧٩ .

(٤) نقض ١٩٦١/٤/٥ س١٢ ص ٦٣٦ .

(٥) نقض ١٩٨٧/٥/١٣ طعن ٤٧ س ٥٤ق .

الاتفاق على تأجيل الباقى منه لا يمنع من استحقاق هذه الفوائد (١).

– وتستحق الفوائد بتسليم المبيع المثمر ، ويستوى أن تكون الثمار طبيعية كالأرض الزراعية ، أو مدنية كأجرة العقار أو السيارة . ويكفى القابلية لانتاج الثمار أو الايرادات ولو لم يتم انتاجها بالفعل ، إذ تستحق الفوائد على الثمن بالتسليم لو كان المبيع منزلاً أو أرضاً زراعية حتى ولو لم يحصل المشترى على ثمار أو ايرادات منها .

– ان الفوائد التى تستحق عن الثمن هى فوائد قانونية سعرها ٤ ٪ فى المسائل المدنية ، و ٥ ٪ فى المسائل التجارية . وهى تتقادم بخمس سنوات من تاريخ استحقاقها بوصفها حقاً دورياً متجدداً (٢).

الفرع الثالث

دفع مصروفات البيع

ان نفقات عقد البيع ورسوم « الدمغة » والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك»(٣).

طبقاً لهذا النص يتحمل المشترى نفقات عقد البيع ويدخل فيها رسوم «الدمغة » والتسجيل كما يدخل فيها أتعاب المحامى الذى يكتب العقد ، كل هذا ما لم يقضِ الاتفاق أو العرف بغيره ، ومما يقضى به العرف أن السمسرة يتحملها البائع والمشترى . وقد يتفق الأطراف على غير ذلك ،

---

(١) نقض ١٩٨٧/١/٢١ طعن ٨١ س ٥٢ق .

(٢) نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ س٢٦ ص ١٧٢٧ . ويقرر هذا الحكم بأنه « ... وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بأن الفوائد التى تستحقها الشركة البائعة عن ثمن الأرض تتقادم بخمس عشرة سنة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » .

(٣) م ٤٦٢ .

كالاتفاق على أن يتحمل البائع مصروفات العقد أو يتقاسمها مع المشترى .

يقصد بنفقات العقد مصاريف تحريره وأتعاب المحامى والسمسرة ورسوم استخراج الشهادات العقارية ورسوم التمغة والرسومات اللازمة للتسجيل ورسوم التسجيل فى البيع العقارى ومصروفات إعلام الوراثة وتسجيل حق الارث لأنها تدخل فى إطار تنفيذ التزامه بالقيام بكل ما هو ضرورى لنقل الملكية .

والتـزام المشترى بمصروفات عقد البيع يكون فى مواجهة البائع . ولا يحتج به فى مواجعة الغير . فالمحامى الذى يقوم بتحرير العقد يتقاضى أتعابه من الشخص الذى اتفق معه . فإذا كان هذا الشخص هو البائع كان له الرجوع بعد ذلك على المشترى ما لم يوجد اتفاق بينهما على غير ذلك (١).

وتختلف مصروفات العقد عن مصروفات تنفيذ البائع لالتزامه، فهو الذى يتحملها وحده دون المشترى . مثال ذلك : مصروفات تحضير المستندات المثبتة لملكية البائع ، ومصروفات النقل الى مكان التسليم ، ومصروفات محو القيود الواردة على العقار المبيع .

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأن « أحكام قانون التسجيل والقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الامضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه ، ولما كان المشترى هو الملزم بداهة بدفع هذه الرسوم فإنه هو الذى يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التى يحصل عليها سواء من البائع أو من الأوراق ، وبعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور الى قلم الكتاب لامضاء العقد . إذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزماً بتجهيز العقد وتقديمه للمشترى لامضائه ، خصوصاً إذا كان العقد الابتدائى صريحاً فى أن البائع غير ملزم إلا بإمضاء العقد النهائى وكان المشترى لم يطلب من البائع فى الانذار الذى وجهه اليه إلا الحضور الى قسم المساحة لتحرير العقد النهائى » (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٥٨ .

(٢) نقض ١٩٤٢/٥/٢٨ المجموعة فى ربع قرن جـ ١ ص ٣٦٤ .

الفرع الرابع
تكاليف الشيئ المبيع

« للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » [(١)].

ربط المشرع بين استحقاق الثمرات والالتزام بالتكاليف . فمتى ثبت للمشترى الحق فى ثمرات المبيع من وقت تمام البيع ، فعليه تكاليفه منذ ذلك الوقت لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف[(٢)] .

وتضم تكاليف الشيء المبيع المصروفات أو النفقات التى تصرف عليه من وقت التعاقد الى وقت التسليم ، وذلك كالضرائب ومصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال .

ويعتبر الحكم السابق ذو طبيعة مكملة . ومن ثم يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفه ، حيث يمكن أن يلتزم البائع بتحمل تلك التكاليف . ويمكن الاتفاق على تأخير استحقاق المشترى للثمار الى وقت لاحق للبيع ويتأخر بالتالى التزامه بتحمل التكاليف حتى ذلك الوقت .

المطلب الثانى
أحكام الوفاء بالثمن

نعرض على التوالى لزمان الوفاء بالثمن ، وحق المشترى فى حبس الثمن، ومكان الوفاء بالثمن ، واثبات الوفاء بالثمن .

---

(١) م ٤٥٨ /٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٤١ .

الفرع الأول
زمان الوفاء بالثمن

« يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » (١).

يضع النص قاعدة مقتضاها أن ميعاد الوفاء بالثمن هو وقت تسليم المبيع خلافاً للقواعد العامة التى تجعل ميعاد الوفاء بالثمن هو وقت ابرام العقد ، ما لم يكن مؤجلاً (٢). فالثمن يستحق الدفع فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد . والأصل أن المبيع يسلم وقت تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن حالاً بمجرد تمام البيع ولو كان تسليم المبيع مؤجلاً ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلاً على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم فى الحال . وقد يقضى العرف بأحكام أخرى ، فيتعيّن اتباعها .

ويتبيّن من كل ما تقدم أنه إذا لم يوجد اتفاق خاص أو عرف ، يكون المبيع مستحق التسليم وقت تمام البيع ، والثمن مستحق الدفع فى هذا الوقت أيضًا ، ومن هذا الوقت كذلك يكون للبائع فوائد الثمن وللمشترى ثمرات المبيع (٣).

وتقرر محكمة النقض بأنه « متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن اتفاقًا قد تم بين الطرفين على دفع الثمن جميعه نقداً فى ميعاد معيّن ، فإنه لا محل للرجوع الى العرف لمعرفة ميعاد دفع الثمن والطريقة التى

---

(١) م ١/٤٥٧ .

(٢) م ٣٤٦ . سليمان مرقس ص ٤٣٦ .

(٣) الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ .

يدفع بها ، أو لبيان ما إذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة ، إذا لم يوف المشترى بالثمن فى الميعاد ، مادام القانون قد خوّله هذا الحق بنص صريح»[1].

وإذا تم الاتفاق على تسليم المبيع مجزءاً ، فإن ذلك يعنى الرغبة فى تجزئة الثمن بنسبة ما يسلم من المبيع ، فوقت الوفاء بكل جزء من الثمن يكون وقت تسليم كل دفعة من المبيع ، حيث لا يشترط أن يكون الوفاء بكل الثمن فور العقد .

وقد يتفق المتعاقدان على أن المشترى يدفع الثمن فى الوقت الذى يريده أو عند المقدرة أو الميسرة ، على أن يقوم بدفع فوائده للبائع ، هنا يعين القاضى ميعاداً مناسبًا لدفع الثمن مراعيًا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومفترضة فيه عناية الشخص الحريص على الوفاء بالتزامه .

الفرع الثانى
حق المشترى فى حبس الثمن

تقضى القواعد العامة بأنه يجوز لكل من المتعاقدين ، فى العقود الملزمة للجانبين ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ الذى يعد تطبيقاً للحق فى الحبس .

وبإعمال تلك القواعد على عقد البيع يجوز للمشترى الامتناع عن دفع الثمن إذا أخل البائع بالتزاماته ، كامتناعه عن تسليم المبيع أو نقل ملكيته . ولكن المشرع لم يكتف بتلك القواعد ، بل أورد نصًا خاصًا يقرر حق المشترى فى حبس الثمن ليس فقط إذا وقع له تعرض فى المبيع وحصل إخلال فعلى بالالتزام ، بل حتى لو خيف أن يقع هذا التعرض أو أن يستحق المبيع .

وللتعرف على مضمون هذا الحق نعرض لحالاته ، ثم نتناول أحكامه وسقوطه .

---

(1) نقض ١٩٦٥/٥/٣ س١٣ ص ٥٧١ .

(أ) حالات حق المشترى فى حبس الثمن :

إذا تعرض أحد للمشترى مستنداً الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ، ما لم يمنعه شرط فى العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ويسرى ذلك الحكم فى حالة ما إذا كشف المشترى عيبًا فى المبيع[1] .

يتضح من ذلك أنه يجوز للمشترى حبس الثمن ، رغم حلول ميعاد استحقاقه فى حالات ثلاث هى :

أولاً : تعرض الغير للمشترى : يجوز للمشترى حبس الثمن إذا تعرض له شخص من الغير مستنداً الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع . مؤدى ذلك أن الحق فى حبس الثمن يقوم فى حالة التعرض القانونى الصادر من الغير . والتعرض الذى يجيز للمشترى حبس الثمن هو الذى يضمنه البائع . فالمشترى يحبس الثمن الى أن يفى البائع بالتزامه بدفع تعرض الغير .

وبالرغم من أن النص يتحدث عن التعرض الصادر من الغير ، إلا ان الحكم ينطبق أيضًا ، من باب أولى ، فى حالة التعرض الواقع من البائع أو تابعيه ، ومن ثم يجوز للمشترى حبس الثمن عند وقوع أى تعرض يلتزم البائع بضمانه[2] .

---

(١) م ٤٥٧ .
P. Coulombel, La Vente Commerçiale, P. 289.

(٢) عقد البيع عقد تبادلى . التزام البائع بضمان التعرض يقابله التزام المشترى بأداء الثمن. للمشترى حق حبس الثمن حتى يمتنع التعرض . المواد ١٦١ ، ١/٢٤٦ ، ٢/٤٥٧ مدنى. تمسك الطاعن بحقه فى حبس الثمن لإتيان الشركة المطعون ضدها وتابعيها أفعالاً مادية أعاقت وصول مياه الرى لأرضه بما يكفى لزراعتها والتدليل على ذلك بالمستندات . دفاع جوهرى . التفات الحكم عن بحث هذا الدفاع والقضاء بالفسخ على قالة تنازل الطاعن عن حقه فى الحبس وانتفاء مسئولية الشركة . خطأ وقصور وفساد فى الاستدلال . (الطعن رقم ٨٤٨٤ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/٢/١٧) .

ثانيًا : خشية نزع المبيع من يد المشترى : يقوم الحق فى حبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى . فإذا قامت أسباب جدية يخشى معها نزع المبيع من يد المشترى يكون له الحق فى حبس الثمن . ويستقل قاضى الموضوع بتقدير مدى جدية هذه الأسباب (١) .

ولا تعطى تلك الأسباب المشترى الحق فى رفع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق لعدم وقوع التعرض بالفعل . ويعد ذلك خروجًا على القاعدة العامة التى تقضى بأن البائع لا يضمن التعرض إلا إذا وقع بالفعل . فالمشرع لم يقصر حق المشترى فى حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل ، وإنما أجاز له هذا الحق أيضاً ، ولو لم يقع هذا التعرض ، إذا تبيّن وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده . فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخوّله الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده (٢).

ولا يكفى الاستناد الى مجرد الوهم أو الاحتمال لقيام الحق فى حبس الثمن . وتطبيقًا لذلك قضى بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخوّل المشترى حق حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات ، وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع (٣).

ويحق للمشترى حبس الثمن فى حالة خشية التعرض له سواء كان يعلم وقت العقد بسبب التعرض والاستحقاق أو لا يعلم به . فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذى يهدده ويكون فى

---

(١) نقض ١٩٨١/١١/١٨ س ٣٢ ص ٢٠٥٢ .
- نقض ١٩٨٧/٦/١٤ طعن ١٤٥٥ س٥٣ق .

(٢) نقض ١٩٦٧/١/١٩ س١٨ س ١٤٣ .
- نقض ١٩٨١/٢/١٠ طعن ٧١١ ص٤٧ق .

(٣) نقض ١٩٤٥/٥/٢٨ مجموعة عمر ٣ ص ٤٦٨ .

نفس الوقت معتمداً على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى من الثمن فى ذمته مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار [(١)].

ومن الأمثلة فى أحكام القضاء على الأسباب الجدية التى يخشى معها وقوع التعرض :

– وجود رهن أو حق اختصاص أو أى حق آخر على المبيع يتهدده . لذلك قضى بأنه إذا كان اقتضاء البائع لباقى الثمن مشروطاً بأن يكون قد أوفى بالتزاماته بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقوق ، فإنه إذا قام المشترى بايداع الثمن مع اشتراط تطهير العين المباعة من التسجيلات قبل صرفه الى البائع ، فإن هذا الايداع يكون صحيحاً ويترتب عليه آثاره القانونية فتبرأ ذمته من الباقى عليه من الثمن[(٢)].

وقضى كذلك بأن الطاعنة قصّرت فى تنفيذ التزامها بالوفاء بكامل دين الرهن وتسليم المستندات اللازمة للتوقيع على العقد النهائى ، وهى الالتزامات المقابلة لالتزام المطعون ضدهم بأداء باقى الثمن ، مما يخولهم حق حبسه ، ويجعل وفاءهم به عن طريق ايداعه صحيحاً لثبوت الأسباب الجدية التى أوردها تبريراً لهذا الاجراء . ويقرر الحكم بأن مجادلة الطاعنة فى جدية الأسباب التى تخوّل المطعون ضدهم حق حبس الباقى من الثمن والوفاء به بطريق الايداع مجادلة موضوعية غير مقبولة طالما ان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه فى ذلك على أسباب سائغة ولها سندها فى الأوراق وتكفى لحمله [(٣)].

– اكتشاف ان المبيع غير مملوك للبائع ، ذلك ان اكتشاف المشترى أن المبيع كله أو بعضه غير مملوك للبائع يعتبر من الأسباب الجدية التى يخشى معها نزع المبيع من تحت يده فإنه يجوز للمشترى أن يحبس ما لم يؤده

---

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/١٠ س٢٦ ص ١٦٠٦ .
(٢) نقض ١٩٧٠/٦/١٤ س٢١ ص ٦٠٤ .
(٣) نقض ١٩٧٥/١٢/١٠ السابق .

من الثمن ولو كان المالك الأصلى لم يرجع عليه بدعوى الاستحقاق أو ينازعه بعد فى المبيع (١).

– اكتشاف أن ملكية البائع للمبيع معلقة على شرط فاسخ أو أنه اشترى المبيع دون أن يدفعه ثمنه مما يجعل البيع مهدداً بالفسخ . وكذلك عدم قيام البائع بتسجيل عقد مشتراه من المالك الأصلى .

لذلك قضى بأنه لما كان من الثابت أن البائع لم يسجل عقد مشتراه من المالك الأصلى حتى يستطيع بدوره نقل ملكية العقار المبيع الى المشترى ، بل يظل هذا العقار على ملك المالك الأصلى مع قيام خطر التصرف فيه الى الغير بعقد غير مسجل مما يتهدد المشترى بنزعه من تحت يده ، لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى فى قضائه الى أن من حق المشترى حبس باقى الثمن حتى يقوم البائع بتسجيل عقد مشتراه من المالك الأصلى لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه (٢).

---

(١) نقض ١٩٦٧/١/١٩ س١٨ ص ١٤٢ .

(٢) نقض ١٩٧٤/١١/٢٥ س٢٥ ص ١٢٧٨ .

وقضى أيضاً بأن المشرع لم يقصر حق المشترى فى حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل وانما أجاز له هذا الحق أيضاً ولو لم يقم هذا التعرض إذا تبيّن وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده .

ان مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى ان المشرع لم يقصر حق المشترى فى حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل وانما أجاز له هذا الحق أيضاً ولو لم يقع هذا التعرض إذا تبيّن وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخوّل له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله ، وعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق ، لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذى يتهدده ويكون فى نفس الوقت معتمداً على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشترى ساقط الخيار، لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بحقه فى حبس باقى الثمن المستحق فى ذمته بعد أن تبيّن له أن ملكية المبيع لم تنقل بعد الى البائعين لعدم تسجيل حكم مرسى المزاد وعقد القسمة وبعد أن استبان له أن الأرض المبيعة دون =

- ويثور التساؤل بالنسبة لطلب الشفعة ، فهو لا يعد سبباً كافياً لحبس المشترى الثمن ، نظراً لأن حقه مضمون قبل الشفيع . ويختلف الأمر إذا وجد أكثر من مشترى للعقار . وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشترى المشفوع منه لأن حقه فى استرداد ما دفعه من الثمن الى البائع مضمون قبل الشفيع مما لا يجيز له حبس الثمن ، فإن هذا القول لا يصدق على المشترى الثانى للعقار الذى لم يختصم فى دعوى الشفعة ، لأنه فى هذه الحالة مقطوع الصلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه الى البائع له، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون العقار المشفوع فيه قد نزعت ملكيته منه، وعلى ذلك يجوز لهذا المشترى الثانى حبس الثمن حتى يفصل فى دعوى الشفعة (1).

ثالثاً : اكتشاف عيب فى المبيع : يجوز للمشترى حبس الثمن إذا اكتشف عيباً فى المبيع على نحو يوجب ضمان البائع طبقاً للقواعد السالفة فى ضمان العيوب الخفية(2) .

وتلك الحالات الثلاث التى أوردها النص ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة

= المساحة المحددة فى العقد ، وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن تناول هذا الدفاع الجوهرى بما يقتضيه من البحث ووقف عند حد القول بأن ملكية البائعين ثابتة بعقد البيع وأن المشترين لم يجحدوا الملكية واستأجروا المبانى المقامة على الأرض دون أن يقول كلمته فى صحة هذا الدفاع الجوهرى الذى تمسك به الطاعن والذى من شأنه لو صح قيام الخشية من نزع المبيع من تحت يده فإنه يكون معيباً بقصور مبطل بما يستوجب نقضه لهذا السبب . (طعن رقم ٥٨٧ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩١/٥/٢٦) .

(1) نقض ١٩٥٧/٢/٢ س٨ ص ٣٥٣ .

(2) الدفع بعدم التنفيذ وفقاً للمادة ١٦١ من القانون المدنى . ليس إلا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين . تمسك المشترية بأن عدم وفائها بباقى الثمن بسبب عدم تنفيذالبائعة التزامها بإصلاح عيوب المبنى المبيع . هو فى حقيقته دفع بعدم التنفيذ . القضاء بفسخ العقد دون بحث هذا الدفاع الجوهرى . قصور .
الطعن رقم ٤٤٥٠ لسنة ٦٥ق - جلسة ١٩٩٦/٦/١٣ .

فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ . لذلك توجد حالات أخرى إعمالاً لنفس القواعد . فللمشترى حق حبس الثمن إذا لم يقم البائع بتنفيذ التزام حالٍ بشرط ألا يكون هناك اتفاق على حرمان المشترى من حبس الثمن .

وتعبّر محكمة النقض عن ذلك المبدأ بقولها : إن أحقية البائع فى اقتضاء باقى ثمن المبيع وحق المشترى فى حبسه وجهان متقابلان لشىء احد ، والقضاء بأحقية البائع لباقى الثمن وبالزام المشترى بأدائه يندرج فيه حتمًا القضاء بأن المشترى لا يحق له أن يحبسه ، وتكون دعوى المشترى بأحقيته فى حبسه خشية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لا تجوز الى ذات النزاع الذى حاز القضاء السابق فيه قوة الأمر المقضى وإلا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه الى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده[1] .

ويترتب على ذلك أن المشترى يستطيع حبس الثمن إذا تعرض له البائع نفسه ، سواء كان تعرضه مادياً أو قانونيًا . وكذلك الحال فى حالة امتناع البائع عن القيام بما هو ضرورى لنقل الملكية . ونفس الحكم إذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع .

وتقرر محكمة النقض بأنه إذا كان البائع يلتزم بالقيام بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع الى المشترى ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل اليه كمستندات الملكية وبيان حدود عقاره ، إلا أنه متى كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب المشترى ولم يقم بتنفيذه ، جاز للبائع أن يمتنع من جانبه عن القيام بالاجراءات اللازمة للتسجيل[2] .

وقضت أيضًا بأن التزام المشترى بدفع الثمن يقابله التزام البائع بنقل الملكية اليه . فإذا استحال على البائع تنفيذ التزامه، فإنه لا يحق له الرجوع على المشترى بالثمن[3] .

---

(١) نقض ١٩٧٤/٢/١١ س٢٥ ص ٣٢٧ .

(٢) نقض ١٩٦٧/٦/٢٥ س١٨ ص ١٤٧٧ .

(٢) نقض ١٩٨٦/٥/٦ طعن ٢٤١٨ س٥٢ق .

(ب) أحكام الحق فى الحبس :

– متى ثبت للمشترى حق حبس الثمن فإن هذا الحق يظل قائماً بقيام سببه . ويستطيع المشترى التمسك بحقه سواء فى مواجهة البائع أو فى مواجهة المحال له بالثمن .

– لا يقتضى استعمال الحق فى الحبس إعذار البائع أو الحصول على إذن من القضاء [1].

– للمشترى حق الاحتفاظ بالثمن تحت يده أو يودعه خزانة المحكمة حتى لا تسرى الفوائد فى حقه [2]. ذلك ان الفوائد لا ينقطع سريانها إذا بقى الثمن فى ذمته ولو كان حابساً له ، وتنقطع هذه الفوائد بالايداع الصحيح .

(جـ) سقوط الحق فى الحبس :

يسقط حق المشترى فى حبس الثمن فى الحالات الآتية:

أولاً : تنازل المشترى عن حقه فى حبس الثمن صراحة أو ضمناً . يجب أن يكون النزول واضحًا لا لبس فيه ، أى تتجه اليه ارادة المشترى على نحو يقينى . ويمكن أن يتم الاتفاق صراحة على انه يمتنع على المشترى حبس الثمن . كما لو اشترط عليه البائع دفع الثمن ولو حصل تعرض فى وضع يده على المبيع .

ويعتبر من قبيل النزول الضمنى عن الحق فى الحبس قيام المشترى بدفع الثمن رغم علمه بوجود السبب الذى يبرر هذا الحق . ولكن علم المشترى وقت البيع بهذا السبب لا يصلح دليلاً على هذا التنازل .

وتعبر عن ذلك كله محكمة النقض بقولها : أجاز المشرع للمشترى ، ما لم يمنعه شرط فى العقد ، أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من

---

(١) نقض ١٩٦٧/١/١٩ س١٨ ص ١٤٢ .

(٢) نقض ١٩٦٧/٥/١٨ س١٨ ص ١٠٦٨ .

يده ، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشترى يخوّل له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله[1] .

فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطًا بالخطر الذى يهدده . ويكون فى نفس الوقت معتمداً على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته ، مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار[2] .

وتقرر محكمة النقض بأن جهل المشترى سبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطًا فى قيام حقه فى الحبس ، أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح فى الدلالة على عل تنازله عن الحبس وذلك على حسب ما ينبىء به واقع الدعوى[3] .

وقضت بأن تخلف الطاعن عن الوفاء بباقى الثمن بغير حق يجعله مخلاً بالتزاماته قبل البائع وليس له الحق فى حبس باقى الثمن لأنه توافر لديه علمه بالمبيع وسند ملكية البائع له عند تحرير العقد ، فضلاً عن أنه تنازل عن حقه فى حبس الثمن بموجب الاتفاق فى العقد وإذ كان ما استخلصته المحكمة فى هذا الخصوص استخلاصاً سائغًا يؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه – الذى قضى بفسخ العقد لهذه الأسباب – يكون على غير أساس [4] .

ثانيًا : إذا قدم البائع للمشترى كفيلاً وذلك طبقًا للقاعدة التى تقضى بأنه « ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن

---

(١) نقض ١٩٨٢/٦/١٥ س٣٣ ص ٧٥٧ .
(٢) نقض ١٩٧٥/١٢/١٠ س٢٦٧ ص ١٦٠٦ .
(٣) نقض ١٢/٣/ ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ ص ٤٩٨ .
(٤) نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ س ٣٠ ص ٨٨٨ .

يقدم كفيلاً » (١). والكفيل من شأنه أن يضمن للمشترى نتائج التعرض أو العيب الذى يخشاه . ويأخذ حكم الكفالة الشخصية الكفالة العينية أو التأمين العينى وذلك تطبيقًا للقاعدة التى تنص على أنه « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر ، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل ، تأميناً عينياً كافياً » (٢).

ثالثاً : يزول الحق فى الحبس إذا زال سببه ، كأن يزول التعرض أو يتم اصلاح العيب أو يختفى خطر الاستحقاق .

وحق حبس الثمن يقبل التجزئة وذلك إذا قام سبب الحبس فى بعض المبيع . فللمشترى أن يحبس جزءاً من الثمن يتناسب مع الخطر الذى يتهدده وليس له أن يحبس كل الثمن . مثال ذلك وجود عيب محدود بالمبيع ، أو ظهور حق ارتفاق أو رهن لا يستغرقه . هنا يحق للمشترى أن يحبس جزءاً من الثمن يتناسب مع العيب أو قيمة حق الارتفاق أو ما يساوى الدين المضمون بالرهن .

وتقرر محكمة بأنه يشترط لقصر حق المشترى فى الحبس على جزء من الثمن يتناسب مع الخطر الذى يتهدده أن يكون عالمًا وقت استعمال حق الحبس بمقدار هذا الخطر ، وإذ يبين من الحكم الابتدائى - الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال الى أسبابه - انه رفض حق الطاعنين فى حبس باقى ثمن الأرض المبيعة ، استناداً الى مجرد القول بأن وجود قيد تسجيل تنبيه نزع ملكية على الأرض وفاء لمبلغ ٧٩٨٦ جنيهاً لا يكفى كمبرر لحبس كل الباقى من الثمن وقدره ٢٤٤٩٥ جنيهاً ودون أن يستظهر الحكم علم الطاعنين بمقدار هذا الدين فى الوقت الذى استعملوا فيه حقهم فى الحبس ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب(٢).

---

(١) م ٤٠٧ .

(٢) م ٧٥٤ .

(٣) نقض ١٩٧٩/٥/٣١ س٣٠ ص ٤٨٨ .

رابعاً : إن حق المشترى فى حبس الثمن وإن ورد فيه نص خاص ليس إلا تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ وللحق فى الحبس بوجه عام . ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل الحق فى الحبس إذا كان هو البادئ فى عدم تنفيذ التزامه فيمتنع على المشترى استعمال الحق فى حبس الثمن مادام لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانوناً وبحكم العقد إذ لا يصح فى هذه الحالة اعتبار البائع مقصراً فى الوفاء بالتزاماته قبله (١) .

الفرع الثالث
مكان الوفاء بالثمن

«١- يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ٢- فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن»(٢) .

يتضح من النص أن الأحكام المحددة لمكان الوفاء بالثمن هى من قبيل القواعد المكملة ، ومن ثم يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها . ويفسح المجال لتطبيق حكم العرف المخالف كذلك .

وضع المشرع قاعدة عامة مقتضاها أن مكان تسليم الثمن هو نفس مكان تسليم المبيع وذلك إذا تعاصر وقت تسليم المبيع مع وقت الوفاء بالثمن . وذلك خروجاً على القاعدة العامة التى تقضى بأنه إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضِ بغير ذلك .

---

(١) نقض ١٩٨١/٥/٤ س٣٢ ص ١٣٦٦ .

(٢) م ٤٥٦ .

أما إذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع فإنه يجب الوفاء به فى موطن المشترى وذلك تطبيقاً لحكم القواعد العامة التى تقضى بأن يكون الوفاء بالالتزام فى موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (١).

والجدير بالذكر ان الوفاء بالثمن يمكن أن يتم بطريق الايداع فى حالة قيام منازعة حوله أو خلاف بين البائعين حل استحقاقه (٢).

---

(١) م ٣٤٧ .

(٢) للمدين الوفاء بدينه عن طريق ايداعه مباشرة دون عرضه على الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك . م ٣٣٨ مدنى . منها حالة اقامة البائع دعواه بفسخ عقد البيع قبل رفع المشترى لدعواه بصحته ونفاذه .

الطعن رقم ١٣٧٨ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/٢/٢٤ .

النزول عن الحق المسقط له . شرطه . مؤداه . اعتراض البائع على صحة اجراءات عرض وايداع باقى أقساط الثمن بخزانة المحكمة ثم تقديمه – من بعد – طلباً لقلم الودائع لاستلام تلك الأقساط . دلالة هذا الطلب بذاته على تنازل البائع عن التمسك بالاعتراض المشار إليه.

الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢ .

ايداع المشترى باقى الثمن – بعد عرضه – على ذمة الفصل فى دعوى صحة ونفاذ العقد . ايداع مع التخصيص لصالح البائع وحده . مقتضاه . عدم جواز توقيع دائنى المشترى الآخرين الحجز على المبلغ المودع أو مشاركة البائع فيه مشاركة غرماء . لا يغير من ذلك أن يكون الحجز قبل قبول العرض أو قبل صدور الحكم بصحته طالما أن المشترى ظل متمسكاً بما عرضه ولم يسترده . توقيعهم الحجز . مؤداه . بطلانه .

الطعن رقم ٢٠٦٨ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٨ .

صحة الايداع . لا يمنعها تعليقه على شرط يحق للمدين فرضه .

الطعن رقم ٣٦٥٥ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٦/٢/٢٥ .

للمدين الوفاء بدينه عن طريق ايداعه مباشرة دون عرضه على الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك منها حالة ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه . م ٣٣٨ مدنى .

استقلال محكمة الموضوع بتقدير جدية الأسباب التى تبرر الايداع دون العرض وسلامة الشرط الذى يسوغ الايداع بغير معقب من محكمة النقض . شرطه .

الطعن رقم ٣٦٥٥ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٦/٢/٢٥ .

وتقرر ذلك محكمة النقض بقولها « إذا كان المشترى قد أودع باقى الثمن على ذمة الطاعنة وسائر البائعين وطالما ان الايداع لم يكن فى ذاته محل اعتراض ، فإن ذمة المشترى تبرأ بايداع المستحق من الثمن على ذمة البائعين جميعًا ، لأن الصفقة بالنسبة له كانت غير مجزأة ، وللطاعنة أن تستأدى حصتها من الثمن المودع وفق الاجراءات المقررة قانونًا »[1] .

الفرع الرابع
اثبات الوفاء بالثمن

ان الوفاء بالثمن يعتبر تصرفًا قانونيًا صادراً عن المشترى ، ومن ثم فهو يخضع فى اثباته للقواعد العامة فىالاثبات . ويختلف الأمر بحسب ما إذا كان هذا التصرف مدنيًا أو تجاريًا . فالتصرف المدنى يتم اثباته بالكتابة ، كقاعدة عامة ، إذا زادت قيمته عن خمسمائة جنيه ، أما التصرف التجارى فيخضع لمبدأ حرية الاثبات .

وقد طبقت محكمة النقض ذلك بمناسبة صفقة تعتبر عملاً مختلطاً أى تجاريًا بالنسبة للبائع ومدنيًا بالنسبة للمشترى فقررت بأن : الوفاء بالثمن الى البائع باعتباره وفاء بالتزام المشترى يعتبر تصرفًا قانونيًا مدنيًا ويخضع فى اثباته للقواعد العامة فى الاثبات .

إذ كان الثابت ان عقد بيع الجرار من قبيل العمليات المختلطة التى تعتبر تجارية بالنسبة الى المطعون ضدهما - البائعين لأنهما تاجرين ويعتبر تصرفًا مدنيًا بالنسبة الى الطاعن - المشترى - لأنه غير تاجر ، وإذ كان الوفاء بالثمن الى البائع باعتباره وفاء بالتزام المشترى يعتبر تصرفًا قانونيًا فيخضع فى اثباته لقواعد الاثبات التجارية التى يحاج بها البائع باعتباره دائنًا بالثمن ويكون للطاعن اثبات وفائه بالثمن الحقيقى للجرار بالبيّنة أو بالقرائن ، لما كان

---

(١) نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ س٢٣ ص ٧٨١ .

الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأن عقد بيع الجرار يعتبر تصرفًا تجاريًا بالنسبة الى المطعون ضدهما وأن قواعد الاثبات التجارية هى التى تسرى فى مواجهتهما وطلب احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات أن الثمن الوارد بالعقد غير صحيح مما مفاده انه يطعن بصورية هذا العقد وأنه أوفى بالثمن الحقيقى ، وهو دفاع جوهرى قد يترتب عليه إن صح - تغيّر وجه الرأى فى الدعوى ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه الى أن الطاعن لا يجوز له اثبات وفائه بكامل الثمن الوارد بعقد البيع بشهادة الشهود لأنه ليس تاجرًا وأغفل الرد على دفاعه فإنه يكون فضلاً عن خطئه فى تطبيق القانون قد شابه القصور فى التسبيب بما يوجب نقضه [1].

المطلب الثالث

الوفاء الإليكترونى

نعرض لمفهوم الدفع الإليكترونى ثم نبين أحكامه .

الفرع الأول

مفهوم الوفاء أو الدفع الإليكترونى

(أ) أهمية الدفع الإليكترونى :

إتسع نطاق التجارة الإليكترونية وتشعبت أنواعها ومجالاتها وتعددت التشريعات الدولية المنظمة لها . وأصبحت صناعة المعلومات المجال الخصب لجذب الاستثمارات خصوصًا مع تحقق التزاوج بين المعلوماتية وأدوات الاتصال اللاسلكية ، ولعبت المعلوماتية دورا هامًا فى تغيير محل التجارة الإليكترونية ووسائل تحقيقها ، حيث تم استبدال الوثائق التقليدية اليدوية المكتوبة بالوثائق الإليكترونية والتوقيع الإليكترونى ، وتضاءل دور النقود الورقية والدفع التقليدى أمام ازدهار النقود والدفع الإليكترونى .

---

(١) طعن رقم ٣٣٩٨ لسنة ٥٨ق - جلسة ١٩٩٠/٥/١٦ .

إن النقود هى الوسيلة الرئيسية لتسوية المعاملات المالية . وقد يتم دفع النقود نقداً فى صورة سائلة أو بوسيلة بديلة كالشيك . ولا تصلح تلك الوسائل المادية فى تسهيل التعامل الذى يتم عن بعد فى بيئة غير مادية ، كالعقود الإليكترونية التى تبرم عبر شبكة الانترنت ، حيث تتوارى المعاملات الورقية ، من هنا كانت أهمية ابتكار أسلوب سداد يتفق مع طبيعة التجارة الإليكترونية ، لهذا كان الدفع الإليكترونى .

يمكن للعميل الوفاء بمقابل السلعة أو الخدمة بنفس الطرق التقليدية المتبعة فى التعاقد بين غائبين . مثل إرسال شيك ، أو رقم الكارت البنكى عن طريق البريد أو من خلال فاكس ، أو إرسال البيانات الخاصة بحسابه البنكى ، حيث يستطيع العميل من خلال هذه البيانات اقتطاع الثمن من حساب العميل . ولكن هذه الوسائل لا تتفق وخصوصية التجارة الإليكترونية ومقتضيات السرعة فيها ، فضلاً عن أنها تنطوى على مخاطر فض سرية رقم الحساب والكارت البنكى وسوء استخدامها ، لذا كانت أهمية اللجوء إلى الدفع الإليكترونى من خلال شبكة إتصال لاسلكية موحدة عبر الحاسب télématique [1].

(ب) خصائص الدفع الإليكترونى :

يتميز الدفع الإليكترونى بعدة خصائص رئيسية هى :

١- **يتسع الدفع الإليكترونى بالطبيعة الدولية** ، أى أنه وسيلة مقبولة من جميع الدول ، حيث يتم استخدامه لتسوية الحساب فى المعاملات التى تتم عبر فضاء إليكترونى بين المستخدمين فى كل أنحاء العالم .

٢- **يتم الدفع من خلال استخدام النقود الإليكترونية** ، وهى قيمة نقدية يتضمنها كارت به ذاكرة رقمية أو الذاكرة الرئيسية للمؤسسة التى تهيمن على إدارة عملية التبادل .

٣- **يستخدم هذا الأسلوب لتسوية المعاملات الإليكترونية عن بُعد** ، حيث

---

(١) Lucas de Leyssac, Le paiement en ligne, J.C.p> Ed. G. 2002, P. 477.

يتم إبرام العقد بين أطراف متباعدين فى المكان ، ويتم الدفع عبر شبكة الإنترنت ، أى من خلال المسافات بتبادل المعلومات الإليكترونية بفضل وسائل الاتصال اللاسلكية . يتم إعطاء أمر الدفع وفقًا لمعطيات إليكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفى العقد .

٤- يتم الدفع الإليكترونى بأحد أسلوبين :

الأول : من خلال نقود مخصصة سلفًا لهذا الغرض ، ومن ثم فإن الدفع لا يتم إلا بعد الخصم من هذه النقود ، ولا يمكن تسوية معاملات أخرى عليها بغير هذه الطريقة . ويشبه ذلك العقود التى يكون الثمن فيها مدفوعاً مقدماً .

الثانى : من خلال الكروت البنكية العادية ، حيث لا توجد مبالغ مخصصة مسبقًا لهذا الغرض ، بل إن المبالغ التى يتم السحب عليها بهذا الكارت قابلة للسحب عليها بوسائل أخرى كالشيك لتسوية أى معاملات مالية .

٥- يلزم تواجد نظام مصرفى معد لإتمام ذلك ، أى توافر أجهزة تتولى إدارة هذه العمليات التى تتم عن بعد لتسهيل تعامل الأطراف وتوفير الثقة فيما بينهم . وتتولى البنوك ، بصفة أساسية ، عبء القيام بهذه المهمة ، بالإضافة إلى منشآت أخرى يتم إنشائها خصيصاً لهذا الغرض .

٦- يتم الدفع الإليكترونى من خلال نوعين من الشبكات :

الأول : شبكة خاصة يقتصر الاتصال بها على أطراف التعاقد ، ويفترض ذلك وجود معاملات وعلاقات تجارية ومالية مسبقة بينهم .

الثانى : شبكة عامة ، حيث يتم التعامل بين العديد من الأفراد لا توجد بينهم قبل ذلك روابط معينة (١).

---

(١) Huet, Aspects Juridiques de paiement, J.C.P. 1991.1.3024 Espagnon, Le paiement d'une somme sur internet, J.C.P., 1999, P. 1131.

(جـ) تأمين الدفع الإليكترونى :

إن الدفع الإليكترونى عملية مصرفية دولية متعددة الأطراف ، تتم عبر فضاء معلوماتى مفتوح ، مما يغرى ضعاف النفوس بالدخول إلى سوق بطاقات الائتمان لتزويرها أو اساءة استخدامها فى النصب على التجار والبنوك . وقد يتم السطو على رقم الكارت أثناء الدفع .

– وتتعدد صور الاعتداء واساءة الاستعمال فى هذا الصدد ، وتتغير تلك الصور بتغير أساليب الأمان المتبعة فى هذا المجال ، ولعل أبرز هذه الصور فى الوقت الراهن :

(١) إساءة استعمال حامل البطاقة لها ، كالحصول عليها بناء على مستندات مزورة ، استعمالها رغم انتهاء مدتها أو إلغاء البنك لها ، تجاوز حد السحب بالتواطؤ مع الموظف أو التاجر أو التحايل على نقاط البيع العاملة خارج الخط ، استخدام خدمات نقاط البيع الإليكترونية فى إيداع شيكات بدون رصيد بحيث تضاف قيمة الشبك إلى قيمة الحساب الأصلى ، ثم يلجأ العميل لتحصيل قيمة هذهالشيكات بواسطة نقطة البيع الإليكترونية ، قبل تمام المقاصة بين البنوك بعضها البعض .

(٢) إساءة استعمال البطاقات البلاستيكية من قبل الغير ، وذلك فى حالة سرقة أو ضياع البطاقة أو الرقم السرى الخاص بها. يقوم الغير بتزوير بطاقات الدفع أو السحب عن طريق بطاقات إئتمان مسروقة ، واستبدال ما بهامن بيانات . وقد يتم التواطؤ مع صاحب البطاقة حيث يتركها للغير لاستعمالها فى السحب وتزوير توقيعه ، ثم يقوم بالاعتراض على عمليات السحب ويطعن بالتزوير على توقيعه حتى لا يخصم المبلغ المسحوب من حسابه الخاص .

(٣) قد يتم التلاعب من موظفى البنك المصدر للبطاقة أو عن طريق التجار أو عن طريق شبكة الانترنت ، كتخليق أرقام البطاقات ، وخلق مواقع

وهمية لاستقبال المعاملات المالية الخاصة بالموقع الحقيقى (١).

-لكل ذلك يتم اللجوء إلى وسائل أمان فنية لتوفير الثقة بين المتعاملين وضمان فعالية تلك الوسيلة فى الدفع لتيسير وازدهار التجارة الإليكترونية . وتتولى الجهة التى تقدم خدمة الدفع الإليكترونى هذه المهمة ، حيث يتم تحديد الدائن والمدين أطراف العملية التى تتم بطريقة مشفرة من خلال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكى على الشبكة . ويتم عمل أرشيف ، يسهل الرجوع إليه ، للمبالغ التى يتم السحب عليها بهذه الطريقة(٢). وهذاما يطلق عليه نظام المعاملات الإليكترونية الآمنة Secure Electronic Transaction (SET) .

- يحقق هذا النظام عدة ضمانات أساسية أهمها : التكاملية ، أى ضمان أن الرسالة المرسلة هى الرسالة المستقبلةعن طريق البصمة الرقمية ، وسرية المعاملة من خلال تشفير محتوى الرسالة ، والتحققمن شخصية صاحب بطاقة الائتمان وشخصية البائع . يقوم البنك باتخاذ الاجراءات المالية وإخطار الطرفين بإتمام المعاملة (٣).

الفرع الثانى
أنواع الدفع الإليكترونى

إن التقدم التكنولوجى فى عالم الإنترنت والإقبال المتزايد للأفراد والمشروعات على الحاسب الآلى والمعلوماتية كان وراء ميلاد المعاملات والتجارة الإليكترونية عن بعد ، وظهور مشكلة الوفاء والبحث عن سبل تسوية

---

(١) Reboul, Le commerçe éléctronique, 1997, P. 148. Vivant, lamy droit de l'informatique, 2000, P. 150.

(٢) Vasseur, le palément éléctronique, J.C.P. 1985, P. 3206.

(٣) Salaun, Les paiement éléctroniques, 1999, P. 19.

تلك المعاملات ، ان وسائل الدفع الإليكترونى عديدة وسريعة التطور .ونعرض لأهم أنواعها :

(أ) التحويل الإليكترونى :

تتمثل هذه الطريقة فى القيام بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن Télévirement . ويتولى ذلك الجهة التى تقوم على إدارة عملية الدفع الإليكترونى ، وهى غالباً البنك .

(ب) البطاقات البنكية (النقود البلاستيكية) :

وهى البطاقات البلاستيكية والمغناطيسية التى تصدرها البنوك لعملائها للتعامل بها بدلاً من حمل النقود ، وأشهرها الفيزا (Visa)، والماستر كارد (Master Card) و (American Express) . وهناك عدة أنواع من هذه البطاقات لعل أهمها :

١- **بطاقات السحب الآلى** (Cash Card) : يمكن للعميل بمقتضاها سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى متفق عليه .

٢- **بطاقات الشيكات** (Cheque guarantee Card) : ويتعهد فيها البنك بسداد الشيكات التى يحررها العميل بشروط معينة .

٣- **بطاقات الدفع** (Debit Card) : وتخول حاملها سداد مقابل السلع والخدمات ، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حساب العميل إلى حساب التاجر.

٤- **بطاقات الإئتمان** (Credit Card) : ويمنح فيها البنك لحاملها تسهيلاً ائتمانيا ، حيث يستطيع استعمالها للحصول على السلع والخدمات ، ويتولى البنك السداد ، ثم يقوم الحامل بسداد دفعه البنك مع الفوائد خلال أجل متفق عليه . ولا تمنح البنوك هذه البطاقات إلا بعد التأكد من ملاءة العميل أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية .

٥- **بطاقات الصرف البنكى** (Charge Cards) : وهى وسيلة من وسائل

الدفع الإليكترونى لدى البنوك الإليكترونية ، ويطلق عليها بطاقات الصراف الآلى (ATMS) ، ولا تتجاوز فترة الائتمان فى تلك البطاقة مدة الشهر ، حيث يتعين على العميل السداد أولاً بأول خلال الشهر الذى يتم فيه السحب.

٦- **البطاقات الذكية (Smart Cards)** : هى رقيقة إليكترونية فائقة القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بعميلها ، فهى كمبيوتر متنقل ، وتمثل حماية كبيرة ضد التزوير وسوء الاستخدام ، حيث تتيح لأجهزة قراءة البطاقات التى توضع فى المواقع التجارية التدقيق فى تفاصيل الحسابات المالية لصاحبها .

٧- **بطاقات الموندكس (Mondex Cards)** : وهى مثال للبطاقة الذكية ، وتتسم بمرونة كبيرة فى الاستخدام ، حيث تجمع بين مميزات النقود الورقية التقليدية وبطاقات الدفع الإليكترونى الحديثة ، ويمكن استخدامها كبطاقة ائتمانية أو بطاقة خصم فورى طبقاً لرغبة العميل أى كبديل للنقود فى كافة عمليات الشراء ، حيث يتم الخصم الفورى من حساب البطاقة وإضافة القيمة إلى حساب التاجر المدون على ذاكرة إليكترونية داخل نقطة البيع . تسهل تلك البطاقة العمليات التجارية لسهولة إدارتها مصرفياً بضوابط أمينة محكمة تتيح لحاملها إجراء العمليات المصرفية دون اللجوء إلى فروع البنوك ، حيث يمكن التحويل من رصيد البطاقة إلى رصيد بطاقة أخرى ، والسحب من رصيد الحساب الجارى للعميل إلى رصيد البطاقة من خلال آلات الصرف الذاتى أو التليفون (١).

(جـ) الوسائط الإليكترونية المصرفية :

تطورت النقود ، مع تطور الأساليب التكنولوجية الحديثة ، وظهرت بشكل مستحدث فى صورة وسائل إليكترونية يتم تداولها من خلال عدة

---

(١) رأفت رضوان ، عالم التجارة الإليكترونية ١٩٩٩ ، ص ٤٨ .

أشكال أهمها :

١- الهاتف المصرفى Phone Bank : وهو نوع من تطور الخدمات المصرفية المقدمة للعملاء ، يعمل ٢٤ ساعة طوال العام بلا أجازات . يستطيع العميل برقم سرى خاص سحب مبالغ من حسابه وتحويلها لسداد الكمبيالات والفواتير المطلوبة ، وكذلك الحصول على قروض وفتح اعتمادات مستندية . ويوجد اتصال مباشر بين الكومبيوتر الخاص بالعميل وكمبيوتر البنك ، ويعمل بواسطة شاشة لدى العميل فى منزله .وهكذا يختفى المفهوم التقليدى للبنك الثابت ويصبح عبارة عن رقم مخزن فى ذاكرة التليفون أو عبارة عن عنوان إليكترونى على شبكة الإنترنت العالمية ، ومن ثم يطلق عليه البنك المحمول أو الهاتف المصرفى .

٢- خدمات المقاصة الإليكترونية المصرفية

(Bankers's Automated Clearing Services LTD "BACS") :

حل هذا النظام مكان أوامر الدفع المصرفية . وظهر نظام التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقى (Real Time Gross Settlement RTGS Systems) الذى يتم فى خدمات مقاصة الدفع الإليكترونية للتسوية الإليكترونية فى المدفوعات بين المصارف ، وذلك ضمن نظام المدفوعات الإليكترونية للمقاصة (Clear-ing House Automatedpaymeny System " CHAPS") وهو نظام إليكترونى للمقاصة ينطوى على عنصر اليقين حيث تتم المدفوعات فى نفس اليوم بدون إلغاء أو تأخير ، وبنفس قيمة اليوم .

٣- الإنترنت المصرفى : أتاح انتشار استخدامات الإنترنت للبنوك التعامل مع العملاء من خلال خدمات المصرف المنزلى Home Banking حيث يتم إنشاء مقار لها على الإنترنت بدلاً من المقر العقارى ، ومن ثم يسهل على العميل التعامل مع البنك عبر الانترنت وهو فى منزله ، ويمكنه محاورة موظف البنك على شاشة الكومبيوتر ، ويتم إجراء كافة العمليات المصرفية[١].

---

(١) Reboul, Le commerçe éléctronique, 1997, P. 155.

(د) الوسائط الإليكترونية الجديدة :

وهى صور للوفاء للتعامل عبر الإنترنت ومن أهمها نظام القابض الإفتراضى الأول First Virtual Holding والقابض Incorporated وشيك النت Net cheque .

والقابض عبارة عن وسيط بين المتعاملين يتلقى طلبات وبيانات كل منهما ويتحقق منها عن طريق موقعه على الشبكة ، ويتولى مباشرة عملية عرض السلعة أو الخدمة والتسليم والوفاء نظير عمولة معينة .

- **الشيكات الإليكترونية** : تعتمد هذه الشيكات على وجود وسيط بين المتعاملين ويطلق عليه جهة التخليص Clearing house ، وغالبًا ما يكون البنك ، حيث يتم فتح حساب وتحديد التوقيع الإليكترونى للعميل . يقوم المشترى مثلاً بتحرير الشيك مذيلاً بتوقيعه الإليكترونى ويرسله بالبريد الإليكترونى المؤمن إلى البائع الذى يوقعه كمستفيد إليكترونياً ثم يقوم بإرساله إلى البنك الذى يتولى مراجعته ويخطر كل من الطرفين بتمام إجراء المعاملة المصرفية ، أى خصم الرصيد من المشترى وإضافته لحساب البائع [1].

(هـ) النقود الإليكترونية (Electronique Money) :

وهى نوعان : نقود إليكترونية مجسدة monnaie électronique scripturale فى مخزون إليكترونى ، ونقود إليكترونية ائمانية monnaie électronique fiduçiaire .

١- نقود المخزون الإليكترونى : يتم تخصيص مبالغ فى حافظة نقود إليكترونية ، حيث يتم التخزين على بطاقة لها ذاكرة ، تصبح غير قابلة للاستعمال بعد انتهاء المبالغ المحملة عليها . وهناك حافظة النقود الإفتراضية porte monnaie virtuel، حيث لا يكون المبلغ المخصص بها ثابتًا على

---

(١) Thuillier, Paiement numérique sur internet, 1997, P. ...

بطاقة، بل على ذاكرة كمبيوتر البنك أو الجهة التى تقدم خدمة الدفع الإليكترونى .

يقوم العميل بالحصول على وحدت النقد الإليكترونى من البنك بالكمية التى يرغبها فى صورة وحدات نقد صغيرة ويطلب وضعها فى محفظة النقود التى يختارها . ويتم الوفاء من المشترى إلى البائع من خلال برنامج خاص بإدارة الدفع الإليكترونى يكون لدى الطرفين ، حيث يتم تحديد وحدات النقد التى سيتم الدفع بها بالرقم الخاص لكل وحدة فى كشف خاص وإرساله إلى البائع عن طريق البنك المصدر للعملة ، الذى يتأكد من صحة الأرقام .

٢- النقود الائتمانية الإليكترونية : ويطلق عليها النقود الرقمية أو الرمزية أو القيمية E.cash وهى تمثل المفهوم الحقيقى للعملة الإليكترونية لسببين :

الأول : تسمح هذه النقود بالوفاء مباشرة بالمقابل النقدى للعقد الإليكترونى عن طريق الإنترنت ، وذلك دون حاجة إلى الاتصال بالمتعاقد أو تدخل وسيط ، حيث تنقل العملة مباشرة من المشترى إلى البائع دون تدخل البنك أو الجهة التى تعمل على إدارة الدفع الإليكترونى .

الثانى : تتمثل هذه النقود فى سلسلة من الأرقام التى تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو الافتراضية لعملائها،ويتم الحصول عليها فى صورة نبضات Gits كهرومغناطسية على كارت ذكى smart card أو على الهارد لايف CD-Rom[1] .

---

(١) André. Developements recents en matière de monnaie- électronique , B. De la Banque de Françe, n. 72 dec 1999, P. 87.

المبحث الثالث

جزاء الالتزام بدفع الثمن ونفقات البيع

إذا أخل المشترى بالتزامه بدفع الثمن ونفقات البيع ، فإن القواعد العامة تكفل للبائع عدة حقوق وضمانات فى هذا الصدد وهى :

أولاً : الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن تطبيقاً لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة فى العقود الملزمة للجانبين. وقد عرضنا لذلك الحق بمناسبة تسليم المبيع .

٢- المطالبة بالتنفيذ العينى والحصول على حقه بالتنفيذ الجبرى على كل أموال المدين . ويكون للبائع ضماناً خاصاً فى هذا الصدد يعرف بامتياز البائع ، ويتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين فى استيفاء دينه من قيمة المبيع (١).

٣- يجوز للبائع أيضاً المطالبة بفسخ البيع وذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين . نكتفى بمجرد التذكير بها حيث نجد موضعها فى النظرية العامة للالتزامات.

إذا أخل المشترى بالالتزام بدفع الثمن جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع . والفسخ ، فى هذا الصدد ، إما أن يكون قضائياً ، وإما أن يكون اتفاقياً (٢).

---

(١) م ١١٤٥ فى امتياز بائع المنقول ، م ١١٤٧ فى امتياز بائع العقار . وتدخل دراسة امتياز البائع فى نظرية التأمينات العينية والشخصية .

(٢) هذا بالاضافة الى الفسخ القانونى أو الانفساخ حيث تنص المادة ١٥٩ على أنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عقد البيع ينفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة تنفذ أحد المتعاقدين التزامه لسبب أجنبى ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل =

المطلب الأول
الفسخ القضائي

«١- فى العقود الملزمة ، للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضٍ . ٢- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك . كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته »(١). يعطى النص للقاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ أو رفضه مع الاكتفاء بالتعويض ومنح المدين مهلة للوفاء .

تتجه نية المتعاقدين فى هذا الفرض الى فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه . فالفسخ يكون الجزاء المباشر للاخلال بالالتزام . إلا أن هذا الجزاء لا يمكن اعماله إلا بعد اعذار المدين من جهة وصدور حكم قضائى من جهة أخرى . فحكم المحكمة هو الذى ينشىء الفسخ ، لذا يعرف الفسخ فى هذه الحالة بالفسخ القضائى حيث يتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة فى إجابة طلب الدائن فى الحكم بالفسخ من عدمه . ويجب على المحكمة فى الحالتين أن تسبب حكمها تسبيباً سائغاً ، حيث ينبغى عليها التعرض بوضوح لواقعة عدم تنفيذ الالتزام مناط الحكم بالفسخ (٢).

=العقد ، ويتحمل تبعة الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحالة تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل المدين التبعة فى العقد الملزم للجانبين . (طعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٠/٦/٢١) .

أنظر مؤلفنا : دور القاضى ازاء الشرط الصريح الفاسخ ، منشأة المعارف ١٩٩٣ .

(١) م ١٥٧ .

(٢) نقض ١٩٧٥/٢/٢٣ س٢٦ ص ٤٥٧ .

مناط تحقق الشرط الصريح الفاسخ أو الحكم بالفسخ إعمالا كلشرط الضمنى هو ثبوت اخلال المدين بالوفاء بالالتزام المرتب للفسخ . =

ويجوز للقاضى منح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما لو كان حسن النية ويرجع تخلفه عن التنفيذ لظروف استثنائية عابرة تستوجب إمهاله بعض الوقت لانجاز الالتزام. ويجوز للقاضى رفض الفسخ إذا كان ما لم يوفِ به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته . أى أنه يدخل فى سلطة المحكمة تقدير مدى جسامة الإخلال بالالتزام وما إذا كان الالتزام الذى لم يتم الوفاء به جوهرياً يبرر الحكم بالفسخ أم لا (١).

وتقرر محكمة النقض بأن منح المشترى مهلة للوفاء بثمن البيع اتقاء الفسخ ، أو رفض طلبه مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع

= لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع موضوع النزاع والتسليم على أن الطاعن أخل بالبند السابع منه بتجزئته قطعة الأرض محله وذلك ببيعه نصف هذه المساحة لآخرين واستدل على ذلك بعقد بيع صادر من الطاعن لآخرين بتاريخ ١٩٨٠/١١/١ مع أن ذلك العقد سابق فى تاريخه ووجوده على العقد موضوع النزاع فإن يكون قد رتب جزاء الفسخ على تصرف سابق على وجوده أو غيره اخلالاً بشروطه بما يصلح سند لفسخه مع ان الاخلال بالالتزام لا يكون إلا تالياً لوجوده على نحو مخالف لشروطه مما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال . (الطعن رقم ١١٣١ لسنة ٦٨ق – جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٦) .

(١) نقض ١٩٨٧/٦/٩ طعن ٤٥٨ س٥٤ق .

تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفى التقصير عن طالب الفسخ أو اثباته من سلطة محكمة الموضوع متى أقيم على أسباب سائغ . مثال بشأن عدم قبول نعى على حكم بفسخ عقد بيع .

الطعنان رقما ٥٠٣ ، ٥١٦ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩٧/٧/٨ .

الشرط الفاسخ الضمنى فى العقد . أثره . للمدين توقى الفسخ . سبيله . أداؤه دينه كاملاً قبل صدور حكم نهائى بالفسخ . مؤداه . اجابة طلب الفسخ الضمنى . مناطه . أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى .

وفاء المطعون ضدهم الثلاث الأوائل بباقى ثمن المبيع قبل صدور الحكم المطعون فيه . أثره . امتناع القضاء بالفسخ الضمنى قانوناً . انتهاء الحكم إلى هذه النتيجة الصحيحة . النعى على أسباب قضائه فى هذا الخصوص . غير منتج . أثره . عدم قبوله .

الطعون أرقام ١٨٥٩ ، ٢٤٤٤ ، ٢٤٤٧ سنة ٧٠ق – جلسة ٢٠٠١/٦/١٢ .

التقديرية لأنه من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه [1]. وقضت بأن الفسخ إذا لم يشترط بنص فى العقد فإنه يكون خاضعًا لتقدير قاضى الموضوع ، يحكم بالفسخ أو يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه [2].

ويجوز للقاضى أن يحكم بالفسخ إذا طلب البائع ذلك فى حالة تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن رغم إعذاره وبشرط أن يكون البائع قد قام بالتزاماته الناشئة عن عقد البيع أو مستعداً للقيام بها .

وتقرر محكمة النقض بأنه لا يحق للبائع طلب الفسخ طالما أنه لم ينفذ التزامه بتسليمه الأرض وتمكينه من وضع يده عليها ، وأن من حقه ازاء ذلك أن يوقف تنفيذ التزامه بباقى الثمن حتى يفى البائع التزامه بالتسليم ، ذلك أن الالتزام بالتسليم من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلاً ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك[3] .

ويستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بتنفيذ التزامه قبل صدور حكم نهائى فى الدعوى . فالمدين فى عقد البيع الذى لا يحوى شرطاً صريحاً فاسخاً يمكنه توقى فسخه بالوفاء بالتزامه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ [4].

ويتعيّن لإجابة طلب الفسخ أن يظل المدين متخلفًا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى ، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سيئ النية ، إذ محل ذلك يكون عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ

---

(١) نقض ١٩٦٩/٢/١٣ س٢٠ ص ٣٢٤ .
(٢) نقض ١٩٨١/٦/٢ طعن ٤٠٣ س٤٨ق .
(٣) نقض ١٩٧٥/٤/٢٨ س٢٦ ص ٨٤٠ .
(٤) نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ طعن ١٠٢٢ س ٥٤ق .

الالتزام (١).

وتذهب محكمة النقض الى تأسيس الفسخ فى هذا الفرض على الشرط الفاسخ الضمنى الذى يتضمنه كل عقد ملزم للجانبين عند عدم التنفيذ ، أى أن إرادة الأطراف الضمنية تتجه الى فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه التعاقدى. فالشرط الفاسخ الضمنى مفترض دائماً فى كل عقد تبادلى ، وهو جزاء مقرر لمصلحة الدائن لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى(٢) .

المطلب الثانى

الفسخ الاتفاقى

يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان على الاعفاء منه (٣).

---

(١) نقض ١٩٨٥/٤/١٠ طعن ١٢٠٨ س ٥١ق .

(٢) نقض ١٩٨٧/٦/١٤ طعن ١٤٥٥ س٥٣ق .

الفسخ المبنى على الشرط الفاسخ الضمنى . للمدينالحق فى توقيه بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد فى العقد أو بعد رفع الدعوى بطلب الفسخ وإلى ما قبل صدور الحكم النهائى .

الشرط الصريح الفاسخ . خلو عقد البيع منه وثبوت وفاء الطاعنين بباقى الثمن أمام محكمة الاستئناف بعرضه على وكيل المطعون ضده بالجلسة وقبوله العرض واستلامه المبلغ . أثره . امتناع إجابة طلب الفسخ . اقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بالفسخ على أساس الشرط الفاسخ الضمنى وعلى أن الفسخ وقع وفقاً للعقد من تاريخ التخلف عن السداد وأن الحكم ليس منشئاً للفسخ بل مقرراً له . خطأ .

الطعن رقم ٧٩٥ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠٠/٥/٩ .

(٣) م ١٥٨ .

الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو انذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن يترتب عليه الفسخ حتماً بمجرد تحقق الشرط . (طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٣ق – جلسة ١٩٩٠/١٠/١٨) .

يتضح من ذلك أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على الفسخ فى العقد وهو ما يسمى بالشرط الصريح الفاسخ وهو ما نعرض له بايجاز .

(أ) مفهوم الشرط الصريح الفاسخ :

ان الشرط الصريح الفاسخ هو اتفاق الأطراف مسبقًا على أن يكون العقد مفسوخًا من تلقاء نفسه ، دون حاجة الى حكم أو دون أن يكون للقاضى سلطة تقديرية فى ذلك ، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . ولا يقع الفسخ إلا بعد اعذار المدين ما لم يتفق الأطراف صراحة على الاعفاء من الاعذار .

ومن ثم لا يكون للقاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ الذى يقع حتمًا دون أن يكون له إمهال المدين المتخلف عن الوفاء . وليس للمدين توقى الفسخ ، بعد رفع الدعوى عليه ، بعرض تنفيذ التزامه إلا إذا قبل الدائن ذلك . وقد يقضى الاتفاق بوقوع الفسخ دون حاجة الى حكم قضائى أو دون حاجة الى اعذار .

والاتفاق على الفسخ التلقائى ينبغى أن يكون قاطع الدلالة على ذلك ، حيث يجب أن تتجه ارادة الأطراف بوضوح تام الى وجوب الفسخ التلقائى للعقد عند الاخلال بالالتزام . وتقرر محكمة النقض بأن الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتماً بمجرد حصول الاخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه (١). وقضت بأن ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة الى تنبيه بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد ، يقوم مقام النص على الشرط٤٢١محكمة الموضوع فى هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى أخذت به (٢). والقانون لم يشترط ألفاظاً معيّنة للشرط الصريح الفاسخ (٣).

---

(١) نقض ١٩٧٣/١/٩ س٢٤ ص ٤٩ .

(٢) نقض ١٩٨٦/٦/٢٧ طعن ١٩ س ٥٣ق .

(٣) نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ مجموعة عمر ٥ ص ٦٨٨ .

ويلزم الالتجاء الى المحكمة للحكم بالفسخ ما لم يتفق صراحة على اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد انقضاء الأجل المحدد للوفاء دون حاجة الى رفع دعوى الفسخ . وفى حالة المنازعة فى تحقق الشرط الصريح الفاسخ يتم رفع دعوى الفسخ . وإذا حكمت المحكمة بفسخ البيع فإن حكمها يكون مقرراً له لا منشئاً .

(ب) دور القاضى فى إعمال الشرط الصريح الفاسخ :

إذا تحقق القاضى من وجود الشرط الصريح الفاسخ بالعقد ، فإن سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ تختفى مباشرة ، ويقتصر دوره على إعمال الشرط المذكور ، أى تقرير وقوع الفسخ عند التحقق من تواقر شروطه . وليس للقاضى أمام تمسك الدائن بالفسخ ، قبول التنفيذ المتأخر أو منح المدين مهلة للوفاء بالتزامه [1].

وتطبيقاً لذلك قضى بأن فسخ العقد متى وقع بمقتضى شرط فيه نتيجة تخلف المشترى عن الوفاء بباقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه فإن عرضه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه[2] .

ان احترام المدين لمضمون الشرط الصريح الفاسخ والتزامه بآثاره يؤدى نظرياً الى استبعاد دور القاضى كلية ، حيث يقع الفسخ تلقائياً ، وتترتب آثاره مباشرة أى يعاد الحال الى ما كان عليه الأمر قبل التعاقد . ولكن العمل يظهر عكس ذلك تماماً حيث يظل للقاضى دور هام ، أمام تعنت ومماطلة المدين

---

(١) أنظر مؤلفنا : دور القاضى إزاء الشرط الصريح الفاسخ ، ١٩٩٤ .

(٢) طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٣ق – جلسة ١٩٩٠/١٠/١٨ .

الشرط الفاسخ الصريح . أثره . انفساخ العقد بمجرد التأخير . لا ينال من ذلك أن يكون لصاحبه الخيار بين إعمال الشرط أو التنفيذ العينى . (مثال فى بيع) .

عرض باقى الثمن بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح . ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه .

الطعن رقم ٢٢٥٩ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/٥/١١ .

والخلاف حول انطباق الشرط على عبارة العقد وتوافر شروط إعماله ، فى تطبيق ذلك الشرط والتحقق من مشروعية إعماله .

فبعد أن يتحقق القاضى من قيام الشرط ويتعرف على طبيعته ومضمونه عليه أن يتأكد من توافر شروط إعماله ، أى من واقعة الإخلال بالالتزام مناط إعمال الشرط ، وعما إذا كان من اللازم صدور حكم قضائى بالفسخ أو اعذار المدين والتحقق من إتمام ذلك ، ومراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله ، كما لو تبيّن أن الدائن قد أسقط خياره فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فسخ العقد[١] ، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناءً على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه ، أو كان عدم

---

(١) المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن الشرط الفاسخ الصريح وإن كان يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا ان ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله ، ذلك أن للقاضى – عند التحقق من قيام الشرط – مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله فإذا تبين له أن الدائن أسقط حقه صراحة أو ضمناً فى طلب الفسخ وجب عليه أن يتجاوز عن هذا الشرط ، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بأحكام الفسخ القضائى .

لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بأن المطعون ضدهما تنازلا ضمناً عن الشرط الفاسخ الصريح بقبولها أكثر من مرة وفاءه المتأخر بما انشغلت به ذمته من أقساط ، إذ قبلا بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٣٠ الأقساط المستحقة منذ سبتمبر ١٩٨٩ حتى أكتوبر ١٩٨٩ كما قبلا بتاريخ ١٩٩٠/٦/٥ الأقساط المستحقة من أول مارس سنة ٢٩٩٠ حتى يوليو سنة ١٩٩٠ ، وقدم تأييداً لدفاعه الإيصالين المؤرخين ١٩٨٩/١٢/٣٠ ، ١٩٩٠/٦/٥ ، كما تمسك بوجوب إعمال أحكام الفسخ القضائى دون الفسخ الاتفاقى بعد أن عرض على المطعون ضدهما باقى الثمن ثم اتبع ذلك بإيداعه إلا أن الحكم المطعون فيه أطرح ذلك الدفاع تأسيساً على أن بنود العقد خلت مما يؤيده ، ورتب على ذلك إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى حين أن النزول عن هذا الشرط لا يتصور إلا أن يكون لاحقاً على العقد ، وإذ تحجب الحكم بهذا الاستدلال الفاسد عن بحث دفاع الطاعن الذى جرى بأنه توقياً لفسخ العقد قام بعرض باقى الثمن على المطعون ضدهما فإنه يكون معيباً بقصور يبطله .

الطعن رقم ٣٩٩٨ لسنة ٦٧ق – جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤ .

التنفيذ راجعًا الى ظروف طارئة ، أو كان هناك نص قانونى آمر يحول دون وقوع الفسخ ويمنع بالتالى إعمال الشرط الصريح الفاسخ طبقًا لما هو متفق عليه ، كما هو الحال بصدد عقد الايجار الخاضع لقانون ايجار الأماكن .

يتضح من ذلك أن الشرط المذكور لا يؤدى الى استبعاد دور القاضى كلية ، بل الى تغيير طبيعة هذا الدور وتوقيته . وتعبّر محكمة النقض عن ذلك بقولها : وإن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخًا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله ، ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من إنطباق الشرط على عبارة العقد ، كما ان له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله . فإن تبيّن له أن الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فسخ العقد ، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو كان امتناع المدين مشروعًا بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه ، وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى[1] .

---

(١) نقض ١٩٧٥/٤/٩ س ٢٦ ص ٧٨٧ .

المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه وإن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخًا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو انذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه أن يسلب القاضى من كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله ،ذ لك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد . ويترتب على ذلك أنه متى كان مبنى الفسخ التأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له ، فإنه يتعين على القاضى التحقق من قيام هذا الشرط ومن بين ذلك التثبت من اتفاق العاقدين على قيمة كل قسط وما حل أجل سداده .

الطعن رقم ٤٧٩١ لسنة ٦٧ق – جلسة ١٩٩٩/٥/٢٣ .

وقضت بأنه لا يحول دون استعمال المشترى لحق حبس الثمن تضمين الشرط الفاسخ جزاء عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ذلك أن هذا الشرط لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشترى قانوناً أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسح ولو كان صريحاً (١) .

وقضت بأن انفساخ العقد كأثر لتحقق الشرط الصريح الفاسخ يتوقف على طلب من تقرر الشرط لمصلحته . جواز تنازله عن الشرط صراحة أو ضمناً ولو بعد تحققه . قبض البائع دون تحفظ الباقى من الثمن بعد الموعد المحدد للوفاء به قد يعتبر تنازلاً عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ(٢) .

---

(١) نقض ١٩٨٢/١١/١٨ س٣٣ ص ٩٣٤ .

- نقض ١٩٨٧/٦/٢٣ طعن ١٠٧٤ س٥٢ق .

الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، فإن كان للمشترى الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه ، وجب على المحكمة التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ولايبقى للبائع سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقاً لنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى.

المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، فإن كان من حق المشترى قانوناً أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً . (طعن رقم ٥٨٧ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩١/٥/٢٦) .

(٢) نقض ١٩٨٥/٥/١٧ طعن ٤٠٥ س٥٤ق .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو انذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله ، ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الشروط الخارجية التى تحول دون اعماله ، فإن تبيّن له أن الدائن أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فسخ العقد ، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه ، وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدنى ، لما =

وقضت أيضاً أن استخلاص تنازل البائع عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح من مسائل الواقع التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسانيد سائغة (١) .

= كان ذلك ، وكان البيّن من صحيفة الاستئناف أن الطاعن تمسك فيها بنزول الشركة المطعون ضدها عن الشرط الصريح الفاسخ مستنداً الى قرار مجلس ادارتها بتأجيل الوفاء بالقسط الأول وتراخيها فى رفع دعوى الفسخ وقبولها الوفاء بالأقساط اللاحقة ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد فى العقد دون أن يعرض لهذا الدفاع وهو دفاع جوهرى قد يتغيّر بمواجهته وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون مشوباً بقصور يوجب نقضه لهذا السبب .

(طعن رقم ٢٢٦٨ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧) .

الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح فى العقد عند التأخير فى سداد باقى الثمن . قبول البائع للوفاء المتأخر . أثره . اعتباره متنازلاً عن إعمال الشرط الفاسخ الصريح . لا يبقى له عند تحقق ذلك سوى التمسك بالفسخ القضائى . خضوع أمر الفسخ لتقدير محكمة الموضوع . القضاء به . شرطه . أن يظل المشترى متخلفاً عن الوفاء حتى صدور الحكم .

الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢ .

لما كان مورث الطاعنين قد تمسك فى صحيفة الاستئناف بنزول المطعون ضده عن الشرط الفاسخ الصريح مستنداً فى ذلك إلى اخباره تنفيذ العقد بإنذاره بسداد باقى الثمن بعد فوات مواعيد استحقاق أقساطه بمدة طويلة ، غير أن الحكم المطعون فيه - الذى أيد الحكم الابتدائى - قد أعمال أثر الشرط الفاسخ الصريح دون أن يعرض للظروف والاعتبارات التى ساقها مورث الطاعنين للتدليل على نزول المطعون ضده عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح والتى قد تحمل على القول بأن نية البائع قد انصرفت نهائياً إلى تنفيذ العقد لا فسخه وهو فاع جوهرى - من شأنه لو صح - أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون معيباً .

(الطعن رقم ٣٠٧٤ س٦٦ق - جلسة ١٩٩٨/٦/٢٧)

(١) لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص تمسك الطاعن بعقد البيع المؤرخ ١٩٧٣/٢/٢٤ وتنازله عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح الوارد به من اقامته الدعوى رقم ٤٥٥٦ لسنة ١٩٧٣ مدنى جنوب القاهرة الابتدائية بطلب الزام المطعون ضده بمقابل انتفاعه بالشقة موضوع النزاع ، وما ورد بمذكرة دفاعه أمام محكمة أول درجة فى تلك الدعوى من أن العقد شريعة المتعاقدين وأن المشترى إذا رغب الشقة بسعرها فهو متعاقد عليها ، ومن تأخره فى اقامة دعوى فسخ للعقد الى ما بعد حوالى أربعة سنوات من تاريخ تأخر المطعون ضده عن سداد باقى الثمن ، وكانت هذه الأسباب سائغة ولها مأخذها الصحيح من الأوراق وتكفى =

(جـ) آثار الفسخ :

إذا فسخ العقد ، أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » [1] .

= لحمل قضائه فإن النعى عليه بتلك الأسباب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعيًا فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل مما لا يجوز اثارته أمام محكمة النقض .

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٥٥ق – جلسة ١٩٩٠/١٢/١٣) .

(١) م ١٦٠ .

ان النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى على أنه « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » . وفى المادة ١٨٢ منه على انه « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق » . وفى المادة ١٨٧ منه على أنه « تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق فى الاسترداد ...» مفاده أن فسخ عقد البيع يترتب عليه انحلاله بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شىء الى ما كان عليه من قبل ، وان حق البائع فى استرداد المبيع من المشترى يقوم تبعًا لذلك على أساس استرداد ما وقع بغير وجه حق ، ولا تكون المطالبة باسترداد المبيع أو بالتعويض عنه فى حالة استحالة رده كأثر من الآثار المرتبة على الفسخ ممكناً إلا بعد التقرير به بحكم نهائى إذ من هذا التاريخ يبدأ سريان التقادم القصير المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى الدعوى على قوله « وكان الخلاف بين طرفىّ النزاع فى شأن الدفع (بالتقادم) قد انحصر فى التاريخ الواجب اعتباره بدءاً لسريان مدة التقادم ، وكانت المحكمة تشارك محكمة أول درجة فى اعتبار تاريخ الحكم بالفسخ هو التاريخ الذى علم فيه المستأنفون (الطاعنون) بأحقيتهم فى استرداد الأطيان المبيعة بما فيها ماكينة الرى موضوع النزاع ... وتستشف المحكمة من واقع مدونات صحيفة الدعوى الأصلية أن المستأنفين كانوا على علم بتصرف المستأنف عليه (المطعون ضده) فى الماكينة من قبل اقامتهم لدعوى الفسخ حيث جاء بالصحيفة قولهم « ان – المستأنف عليه .... قام بنزع آلة الرى الولزر وقام بتبديدها اضراراً بهم » بما ينبئ عن أنهم علموا بالبيع فى تاريخه وهو سنة ١٩٥٨ كما جاء بتقرير الخبير – غير أنهم لم يحركوا ساكنًا ، وإذ قضى بالفسخ بحكم نهائى بتاريخ ١٩٦٦/٣/١٥ فقد كان لزامًا عليهم أن يطالبوا بالتعويض عن نزع آلة الرى خلال ثلاث سنوات اعتباراً من هذا التاريخ وإلا سقط حقهم بالتقادم » . وكانت محكمة الاستئناف على نحو ما سلف ايراده قد احتسبت بدء تقادم حق الطاعنين فى المطالبة بالتعويض عن آلة الرى ومشتملاتها التى تقرر ردها من تاريخ صدور الحكم النهائى بفسخ عقد البيع فى ١٩٦٦/٣/١٥ فإنها تكون قد طبقت قواعد دفع غير المستحق وسقوط الحق فى =

مؤدى ذلك أنه يترتب على الفسخ ، قضائيًا كان أو اتفاقيًا أو قانونيًا ، انعدام العقد انعداماً يستند أثره الى الماضى ، فيعتبر كأن لم يكن ، وبهذا يعود المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد ، بعد أن تم فسخه . وإذا أصبح الرد مستحيلاً وجب التعويض على الملزم به ، وفقًا للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق .

وتعبّر محكمة النقض عن ذلك بقولها إن فسخ العقد اتفاقًا أو قضاءً يترتب عليه انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن، وتعود الحال الى ما كانت عليه قبل العقد ، وإذا كان العقد بيعًا وفسخ رد المشترى المبيع الى البائع ورد البائع الثمن الى المشترى . فإذا كان المشترى قد أقام بناءً على العين المبيعة اعتبر بانياً بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب آتٍ من جهته [1].

= استردادها تطبيقًا صحيحًا ولا يعيب حكمها عدم الاشارة الى سنده فى تطبيق قواعد التقادم الواردة فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى كما لا يعيبه أيضًا عدم تعرضه لبحث ما ساقه الطاعنون من أدلة على تعذر علمهم بتصرف المطعون ضده فى آلة الرى ومشتملاتها قبل صدور شهادة تفتيش الآلات المؤرخة ١٩٧٥/٩/٢٤ ، بعد أن انتهى سائغًا وبما له أصل ثابت بالأوراق الى سبق علمهم بهذا التصرف قبل رفع دعواهم بفسخ عقد البيع ومن ثم فإن النعى بأسباب الطعن برمتها يكون على غير أساس . (طعن رقم ١٠٢٨ لسنة ٥٥ق – جلسة ١٩٩١/٣/٢٨) .

(١) نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ س٢٨ ص ١٨٢١

ان النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى على انه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض بدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة –على أنه يترتب على الفسخ انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعة الى البائع وأن يرد الى المشترى ما دفعه من الثمن . وكان المقرر أنه يلزم كل طرف من أطراف العقد المفسوخ برده الى الآخر فى هذه الحالة انما هو عين ما أعطى لا ما يقابله مادام ذلك غير مستحيل ، لما كان ذلك وكان البيّن من الأوراق أن الطاعن تسلم من المطعون ضده بموجب عقد البيع سنداً لتداعى مبلغ عشرين ألف جنيه من جملة ثمن العقار المبيع وكان الحكم المطعون فيه قد خلص فى مدوناته الى اخلال الطاعن بالتزامه بتسليم المبيع فى الميعاد المتفق عليه ورتب على ذلك قضاءه بفسخ ذلك العقد واعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل ابرامه فمن ثم كان يتعيّن الزام الطاعن بأن يرد للمطعون عليه ذات المبلغ الذى سبق للأخير دفعه – أى عشرين ألف جنيه – وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بالزام الطاعن بسداد مبلغ ١٦٠٦٤,٢٥ دولاراً =

وقضت بأن التزام المشترى برد العقار المبيع بعد فسخ البيع إنما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وأن التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن بما مؤداه أن من حق المشترى أن يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من الثمن حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن [(١)].

المطلب الثالث

الشرط الصريح الفاسخ بنص القانون

(حكم خاص بفسخ بيع المنقول)

رأينا ان الفسخ إما أن يكون قضائياً ، وإما أن يكون اتفاقياً، وهو ما يُطلق عليه الشرط الصريح الفاسخ بصوره المتعددة . وقد ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بناء على نص فى القانون ، حيث أورد المشرع حكماً خاصاً بشأن حالة معيّنة من حالات البيع ألا وهى بيع المنقول .

= فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن . (طعن رقم ٤٤٥٦ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٢/٧/١٩) .

(١) نقض ١٩٧٢/٤/١٨ س٢٣ ص ٧٢١ .

إذ كان فسخ عقد البيع يترتب عليه التزام المشترى برد المبيع الى البائع ويقابله التزام البائع برد ما قبضه من الثمن الى المشترى ، والتزام المشترى برد ثمرات المبيع الى البائع ويقابله التزام هذا الأخير برد فوائد الثمن الى الأول، فإن مؤدى ذلك ان حق الطاعن - البائع - فى الحبس ضماناً لما يستحقه من ثمرات العقار المبيع نتيجة لفسخ عقد البيع ينحصر فيما يقابل هذه الثمرات ويرتبط بها من فوائد الثمن المستحقة للمطعون ضدهما - المشترين - فى ذمته . لما كان ذلك ، وكان المطعون ضدهما لم يطلبا فى دعوى الفسخ الزام الطاعن بفوائد ما قبضه من الثمن فلا يسوغ له التمسك بحبس المستحق لهما تحت يده بعد الحكم بفسخ عقد البيع لعدم تحقق شرط الارتباط بين هذين الدينين ، كما لا يشفع له فى ذلك قوله بأن المطعون ضدهما مدينان له بقيمة أنقاض ما أزالاه من هذا العقار لخلو أوراق الدعوى مما يدل على حصول هذه الازالة حتى يمكن القول بأن ذلك الدين محقق الوجود . (طعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٠/٦/٢١) .

« فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة الى اعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » (١).

مؤدى ذلك أنه إذا اتفق فى عقد بيع المنقول على موعد لدفع الثمن وتسليم المبيع ، فإن ذلك يكون بمثابة اتفاق على وجود شرط صريح فاسخ فى العقد يترتب عليه فسخ البيع تلقائياً دون حاجة الى اعذار المشترى والى حكم قضائى إذا اختار البائع ذلك فى حالة عدم دفع المشترى للثمن فى الميعاد.

أورد المشرع هذا الحكم ، الذى يعد خروجًا على القواعد العامة فى الفسخ ، لمواجهة الطبيعة الخاصة للمنقولات فى سرعة وسهولة تداولها وتقلب أسعارها . ويبدو ذلك واضحًا فى المسائل التجارية حيث نكون بصدد عروض وسلع وبضائع يريد أصحابها سرعة انهاء المعاملات بشأنها . فالبيع ينفسخ من تلقاء نفسه بمجرد التأخر عن دفع الثمن . ويستطيع البائع ، الذى غالبًا ما يكون تاجراً ، التصرف فى المبيع مرة ثانية مع حقه فى الرجوع على المشترى بالتعويض وفقاً للقواعد العامة .

يضع النص قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها أوالاتفاق على ما يخالفها . مقتضى هذه القرينة أنه إذا اتفق فى عقد بيع المنقول على موعد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، فإن ذلك يكون بمثابة اتفاق على وجود شرط فاسخ صريح فى العقد يترتب عليه فسخ البيع تلقائياً دون حاجة الى اعذار إذا اختار البائع ذلك فى حالة عدم دفع المشترى للثمن فى الميعاد .

وجدير بالذكر أننا بصدد حكم استثنائى ، ومن ثم لا يصح تطبيقه إلا فى حدود النص الوارد به ، أى فى نطاق الشروط المرسومة له وهى :

أولاً : أن نكون بصدد بيع منقول أياً كان نوعه ، كالسلع والبضائع

---

(١) م ٤٦١ .

والأسهم والسندات . ويستوى أن يكون المنقول معيناً بذاته أم معيناً بنوعه ، وسواء كان المنقول بطبيعته أم بحسب المآل كالثمار التى حان قطافها . ولا ينصرف النص الى المنقول المعنوى لمجموع من المال أو المحل التجارى . ولا ينصرف كذلك الى العقارات . ولكن الحكم يسرى على كل من البيوع المدنية والتجارية .

وتقرر محكمة النقض بمناسبة بيع أسهم : ان نص المادة ٤٦١ يدل على أنه فى حالة بيع المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ولم يدفع المشترى الثمن فى الميعاد فإنه يجوز للبائع أن يعتبر العقد مفسوخاً بدون حاجة الى اعذار أو حكم من القضاء ، فيقع الفسخ بنص القانون ويكون البائع بمجرد عدم دفع الثمن فى حِل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ويحق له أن يتصرف فيه بتصرف المالك فيبيعه مرة أخرى إذ ورد هذا النص بصيغة عامة تدل على أن حكمه مطلق ، ومن ثم فينصرف الى البيع سواء كان مدنيًا أو تجاريًا [1].

ثانياً : أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد محدد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، أى يكون البيع مؤجلاً . وتحديد الميعاد «قد يتفق عليه صراحة أو ضمناً . ويعتبر من قبيل الاتفاق الضمنى أن يكون العرف قد جرى على تحديد ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع وسكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالفه . فمثلا فى بيع المنقولات محولاً بقيمتها على المشترى ، يجرى العرف بأن يتسلم المشترى المبيع ويدفع ثمنه بمجرد وصوله بالجمرك أو البريد ، فإن قصّر فى الوفاء بالثمن جاز للبائع التصرف فيها » .

ويجوز الاتفاق على ميعاد لتسلم المبيع دون تحديد ميعاد لدفع الثمن ، هنا يكون الثمن واجب الدفع فى الوقت المحدد لتسليم المبيع[2] . ومتى كان

---

(١) نقض ١٩٨١/٥/٤ س٣٢ ص ١٣٦٦ .

(٢) م ١/٤٥٧ .

هناك اتفاق بين الطرفين على دفع الثمن جميعه نقداً فى ميعاد معيّن لا يجوز الرجوع الى العرف لتقصى ميعاد دفع الثمن والطريقة التى يدفع بها أو لبيان ما إذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة إذا لم يوف المشترى بالثمن فى الميعاد ، مادام أن القانون قد خوّل البائع هذا الحق صراحة[1] .

ولا ينطبق النص إذا اختلف ميعاد دفع الثمن عن ميعاد التسليم ، كما لو عيّن ميعاداً للتسليم وآخر لدفع الثمن . أو كما لو اتفق على موعد الثمن دون تحديد ميعاد التسليم ، هنا يكون التسليم مستحقاً فى الحال .

ثالثاً : أن يتأخر المشترى عن الوفاء بالثمن فى الموعد المتفق عليه ، ولكن بشرط ألا يكون تخلف المشترى عن الدفع قد جاء استعمالاً لحقه فى الحبس نتيجة تقصير البائع فى الوفاء بالتزاماته . فالنص يواجه تقصير المشترى فى دفع الثمن فقط .

وتقرر محكمة النقض ذلك بقولها ان النص لم يتعرض إلا للحالة التى يكون فيها التقصير من المشترى ، وأنها جاءت استثناءً من القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبيه الرسمى ، فلا يصح تطبيقها إلا فى حدود نصها أى فى حالة تحديد أجل ليدفع المشترى الثمن ويتسلم المبيع . أما إذا كان الأجل محدداً لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشترى ، ففى هذه الصورة لا يعفى البائع من واجب التنبيه رسميًا على المشترى بالتسليم والوفاء [2].

مؤدى ذلك أن الحق فى اعتبار البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أمر مقرور لصالح البائع وحده ، ومن ثم ليس للمشترى أن يتمسك بذلك إذا قصّر البائع فى تنفيذ التزامه بالتسليم ، وانما تطبق القواعد العامة فى الفسخ . ونفس الحكم إذا قصّر المشترى فى تسلم المبيع .

---

(١) نقض ١٩٦٢/٥/٣ س١٣ ص ٧٥١ .

(٢) نقض ١٩٤٤/١/١٣ مجموعة عمر ٤ ص ٢٤٧ . صدر الحكم إعمالاً للمادة ٣٣٥ مدنى قديم المقابلة للنص الحالى ٤٦١ .

رابعاً : أن يتمسك البائع بالفسخ ، فهو أمر مقرر لمصلحته ، ومن ثم يكون البائع بالخيار بين اعتبار العقد مفسوخًا ، وبين الابقاء عليه والمطالبة بتنفيذه . والقول بغير ذلك يمكن المشترى من فسخ البيع إذا رغب فى ذلك بمجرد امتناعه عن دفع الثمن .

وتعبّر محكمة النقض عن شروط إعمال النص بقولها : إن المشرع قد خرج بحكم المادة ٤٦١ على القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلابعد الاعذار وبحكم من القاضى ما لم يوجد اتفاق صريح على الاعفاء من ذلك واشترط لاعمال هذا النص الاستثنائى أن يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وأن يكون كل من المبيع والثمن محدداً تحديداً كافيًا ومعلوماً للمشترى عند التعاقد . وأن يتخلف المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه لتسلم المبيع ودفع الثمن ، وأن يختار البائع التمسك بانفساخ عقد البيع[(١)].

إذا توافرت الشروط السابقة ، فإن البيع ينفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار أو حكم . وذلك استناداً الى نص القانون دون حاجة الى شرط خاص بذلك فى العقد . وفى حالة تخلف شروط انطباق النص تسرى القواعد العامة فى الفسخ. ولا يتعلق الحكم الوارد بالنص بالنظام العام ، ومن ثم فإننا بصدد حكم مكمل يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفه ، كالاتفاق على وجوب الاعذار لوقوع الفسخ .

والنص موضوع الدراسة يجعل من عقد بيع المنقول بالمعنى السابق متضمناً شرطاً فاسخاً صريحاً فى أقوى صوره كجزاء على تخلف المشترى عن دفع الثمن ، ومن ثم فإن القاضى لا تكون له سلطة تقديرية فى ايقاع الفسخ، ويكون حكمه كاشفًا وليس منشئًا ، ويقتصر دوره على التحقق من واقعة

---

(١) نقض ١٩٧٩/١٢/٣١ س٣٠ ص ٤٢٣ .

التخلف عن الوفاء بالثمن وباقى شروط إعمال النص ، وليس للقاضى أن يمنح المشترى أجلاً لدفع الثمن .

« الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله »

الفهـرس